

**LA PRUEBA DE OFICIO EN EL SISTEMA  
PENAL ACUSATORIO MODULADO**

**SHASMINE CONSTANZA FLÓREZ CANOSA  
LUIS GUILLERMO GALVIS SÁNCHEZ  
ESPERANZA RICO DÍAZ**

**UNIVERSIDAD LIBRE  
INSTITUTO DE POSGRADOS  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ D.C.  
2013**

**LA PRUEBA DE OFICIO EN EL SISTEMA  
PENAL ACUSATORIO MODULADO**

**SHASMINE CONSTANZA FLÓREZ CANOSA  
LUIS GUILLERMO GALVIS SÁNCHEZ  
ESPERANZA RICO DÍAZ**

**Monografía de Grado para optar al título de Magister en Derecho Penal**

**Tutor:  
Dr. YEZID VIVEROS CASTELLANOS**

**UNIVERSIDAD LIBRE  
INSTITUTO DE POSGRADOS  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ D.C.  
2013**

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

Firma del presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

Bogotá, D.C., 2013.

## **AGRADECIMIENTO**

El más profundo agradecimiento a La Universidad Libre y a todas las personas que han colaborado de una u otra forma para la culminación de este trabajo de grado, que se erige como un eslabón más del largo camino de estudio y sacrificio en pos de alcanzar los objetivos trazados.

De manera especial al Dr. YEZID VIVEROS CASTELLANOS , quien con su valioso conocimiento e inmensa paciencia, nos ayudo para la realización de este propósito.

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>9</b>
 <b>CAPITULO I</b>	
<b>PROYECTO DE INVESTIGACIÓN</b>	<b>11</b>
1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	11
1.2 HIPÓTESIS	12
1.3 JUSTIFICACIÓN	14
1.4 OBJETIVOS	15
1.4.1 Objetivo general	15
1.4.2 Objetivos específicos	15
1.5 MARCO TEÓRICO	16
1.6 MARCO JURÍDICO	17
 <b>CAPITULO II</b>	
<b>SISTEMAS PROCESALES</b>	<b>19</b>
2.1 PARTE HISTÓRICA	20
2.1.1 Sistema inquisitivo	21
2.1.2 Sistema mixto	25
2.1.3 Sistema acusatorio	27
2.2 APLICACIÓN DE LA PRUEBA OFICIOSA EN CADA UNO DE LOS SISTEMAS	30
2.2.1 Concepto	30
2.2.1.1 Prueba oficiosa en el sistema inquisitivo	30
2.2.1.2 Prueba oficiosa en el sistema mixto	31
2.2.1.3 Prueba oficiosa en el sistema acusatorio	32
2.3 EN COLOMBIA	33

2.3.1	Aplicación de la prueba en el sistema inquisitivo	33
2.3.2	Sistema mixto en Colombia	33
2.3.3	Sistema acusatorio en Colombia	34

### **CAPITULO III**

#### **LA PRUEBA OFICIOSA 37**

3.1	PRUEBA OFICIOSA EN EL DERECHO COMPARADO	37
3.1.1	Aplicación de la prueba oficiosa en Perú	37
3.1.2	Aplicación de la prueba oficiosa en Costa Rica	40
3.1.3	Aplicación de la prueba oficiosa en Chile	43
3.1.4	Aplicación de la prueba oficiosa en Estados Unidos	46
3.1.5	Aplicación de la prueba oficiosa en España	49
3.1.6	Aplicación de la prueba oficiosa en Francia	52
3.2	APLICACIÓN DE LA PRUEBA OFICIOSA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL HUMANITARIO	53

### **CAPITULO IV**

#### **LOS HECHOS EN EL PROCESO PENAL 58**

4.1	GRADOS DEL CONOCIMIENTO	59
4.2	GRADOS DEL CONOCIMIENTO PROCESAL PENAL	60
4.2.1	La Probabilidad como nivel suficiente de Evidencia	64
4.2.2	El Método Inferencial (Presunciones)	66
4.2.3	La visión fenoménica (intuiciones)	69
4.2.4	La verosimilitud	73
4.2.5	La probabilidad	74
4.2.6	La certeza	75
4.2.7	Certeza relativa de índole racional	77
4.2.8	La verdad	83
4.3	CARGA DE LA PRUEBA “ONUS PROBANDI”	83

4.4	JUEZ PENAL DE CONOCIMIENTO Y SU FUNCIÓN RESPECTO DE LA PRUEBA	86
4.5	PRECEDENTE CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA PRUEBA DE OFICIO JUEZ DE CONOCIMIENTO SENTENCIA C-396 DE 23 DE MAYO DE 2007. M.P. DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA	91
4.6	CRITICA A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA DE OFICIO CORTE DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL SENTENCIA RADICACIÓN NO. 24468 DEL 30 DE MARZO DE 2006 M.P. DR. EDGAR LOMBANA TRUJILLO	101
4.7	EXCEPCIÓN AL DECRETO DE PRUEBA DE OFICIO EN SEDE DE TUTELA	115
4.8	ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS SENTENCIAS 24468 DEL 30 DE MARZO DE 2006, PROFERIDA POR LA CORTE DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Y LA SENTENCIA C- 397 DEL 23 DE MAYO DE 2007 PROFERIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL	118
4.9	LA JUSTICIA, PRINCIPIO DE ORDEN CONSTITUCIONAL	133
	<b>CAPITULO V</b>	
	<b>METODOLOGÍA</b>	<b>138</b>
5.1	TIPO DE INVESTIGACIÓN	138
5.2	DISEÑO DE LAS ENCUESTAS	140
5.2.1	Población y muestra	140
5.3	PRUEBA PILOTO	141
5.4	RESULTADO DE LA PRUEBA PILOTO	143
5.5	APLICACIÓN DE LA PRUEBA FINAL	150
5.6	RESULTADO DE LA PRUEBA FINAL	151
5.7	ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS	162

<b>CONCLUSIONES</b>	<b>166</b>
<b>PROPUESTA</b>	<b>169</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>177</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>185</b>



## INTRODUCCIÓN

Con el desarrollo de esta monografía procuramos establecer si el Sistema Penal Acusatorio vigente es puro o al contrario existe aún, rezago del sistema inquisitivo, habida cuenta que tratándose de un sistema adversarial se separan las actividades de acción, jurisdicción y defensa; para este fin analizaremos cual ha sido la función que el decreto de pruebas de oficio ha cumplido en cada uno de los sistemas que se han venido aplicando históricamente, haciendo un breve análisis de cada sistema<sup>1</sup>.

La importancia de este proyecto es destacar la acertada facultad que se le debe otorgar al juez permitiéndosele el decreto oficioso de pruebas, toda vez que se considera que dicha función no es atentatoria del espíritu del sistema acusatorio y del principio de imparcialidad y por ello no da al traste con la neutralidad que es el eje central del juzgador en el sistema acusatorio.

Resulta pertinente adelantar este tipo de investigación, porque si no propendemos para que al Juez se le dote de la herramienta del decreto oficioso de pruebas<sup>2</sup> se estaría ante la inminente vulneración de derechos y principios constitucionales y ello implicaría derrumbar los postulados de la carta política que siempre se ha constituido en norma de normas.

Todo lo anterior, llevará a concluir, de una parte el origen del decreto de prueba de oficio con carácter excepcional en el actual sistema con tendencia acusatoria y, de otra parte, lograr determinar cuál es nuestra posición al respecto, la que

---

<sup>1</sup> REYES MEDINA, César Augusto; CHAVARRO, Solanilla y SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistemas procesales y oralidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2003, p. 1 - 8.

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 24468 30 de marzo de 2006. M.P. Edgar Lombana Trujillo.

desde ya insistimos, es la de que se permita al Juez decretar pruebas de manera excepcional pese a la prohibición taxativa contenida en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y pese a la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional, para este fin no solo realizaremos una compilación y análisis del material bibliográfico sino que realizaremos encuestas con personas que participen en la administración de justicia, a nivel penal para destacar cual es la posición de la mayoría frente al tema.

Se advierte que para un estudio como el que ocupa la atención, es necesario la revisión de todos los tratados que tocan el tema de la prueba de oficio y que han sido ratificados por Colombia, sin embargo en este caso particular se hablará solo del Derecho Penal Internacional y el Derecho Penal Humanitario.

Por último dejaremos sentadas nuestras conclusiones que resultaran del estudio realizado así como nuestra posición frente a este tema el cual en nuestro sentir resulta importante para determinar si estamos en un sistema con una verdadera tendencia acusatoria o al contrario, queremos volver a las viejas costumbres del sistema inquisitivo.

## **CAPITULO I**

### **PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

Tradicionalmente se ha conocido que el juez es el protagonista de la actividad probatoria, antiguamente él recurría, cada que la conveniencia para su decisión así lo exigiera, a decretar todas las pruebas que considerara necesarias y útiles para proferir su fallo, de manera que a priori tenía cimentada una hipótesis acerca de lo que habría sucedido y decretaba las pruebas para ratificar o desvirtuar esas hipótesis y de esa manera decidir<sup>3</sup>, cómo creer entonces que en esas condiciones el juez emitía un fallo ajustado a derecho cuando de antemano tenía un pre concepto de lo verdaderamente acaecido?

En el nuevo sistema penal se dispuso que se acabara el decreto oficioso de pruebas de manera que lo que se busca es que de ninguna manera el juez se contamine y solo venga a conocer los hechos y a permitir que los elementos materiales de prueba y evidencia física se conviertan en pruebas en el ejercicio de un juicio público, concentrado con inmediación, de manera que no existan pre conceptos ni prejuicios respecto del devenir de su decisión, asegurando así la objetividad e imparcialidad del fallo<sup>4</sup>.

En ese orden de ideas, resulta conveniente entonces preguntarnos, cómo el decreto oficioso de pruebas violaría el principio de imparcialidad?

---

<sup>3</sup> ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Augusto. Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005, p. 34.

<sup>4</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". En: Diario Oficial N° 45.657, de 31 de agosto de 2004, Art. 361.

Cuál ha sido la evolución histórica del concepto de decreto oficioso de pruebas?

Cómo se relaciona el decreto oficioso de pruebas desde el punto de vista del Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario?

Cuál ha sido la posición de las Cortes respecto al tema de estudio?

Cómo establecer la importancia de mantener la aplicación del artículo 361 del C.P.P., y en consecuencia de ello se mantenga la triada de Acción-Jurisdicción-Defensa de manera separada?

## **1.2 HIPÓTESIS**

Atendiendo que en nuestro país históricamente se ha tenido la oportunidad de conocer y aplicar los sistemas Inquisitivo, Mixto y actualmente el sistema con tendencia Acusatoria, ello nos permite hacer un examen global acerca de las diferentes etapas que ha cumplido el decreto oficioso de pruebas, y realizando un estudio comparativo respecto a la utilidad o no que tiene la injerencia del Juez en el tema en cuestión en diferentes legislaciones y en el Derecho Internacional, se establecerá entonces las posiciones a favor y en contra que se han venido presentando y que han tenido un desarrollo jurisprudencial en nuestro país, para finalmente sentar nuestra posición al respecto.

El sistema inquisitivo<sup>5</sup> facultaba ampliamente al Juzgador para que en sus manos estuvieran las funciones de investigador, acusador y juzgador; siendo ello así, resultaba ser el Juez actor y parte a la vez; lo cual desconocía los derechos fundamentales, con las garantías constitucionales y específicamente con el principio de imparcialidad del derecho procesal.

---

<sup>5</sup> REYES MEDINA; CHAVARRO y SOLÓRZANO GARAVITO, Op. cit., p. 2 – 4.

Afortunadamente el paso del tiempo permitió que se pusieran en boga los derechos fundamentales y garantías constitucionales llevando a que se hiciera necesario el surgimiento de un sistema que de alguna manera relevara al funcionario juzgador de todas esas actividades, buscando una división entre la instrucción y el juzgamiento, viene entonces la creación del denominado Sistema Mixto que a pesar de conservar la facultad oficiosa del Juez, menguo en parte esa concentración de poderes y enseñó que era necesario darle un vuelco a la práctica procedimental de manera que se impusieran nuevos principios y nuevos roles en materia procesal penal, fue entonces que se dio inicio a un verdadero proceso de cambio que surgiera como mas garantista para las partes orientada a que haya tres hitos fundamentales que no son otros que la acción, jurisdicción y defensa naciendo así el sistema con tendencia acusatorio.

Es por ello que con el surgimiento del Acto Legislativo 003 del 2002 y la reglamentación de la Ley 906 del 2004 se erigió como pilar fundamental de nuestro nuevo sistema procesal penal, el principio de Imparcialidad del Juez debiéndose mantener entonces al margen para la obtención de elementos materiales de prueba y evidencia física que cada una de las partes pretenda hacer valer para probar su teoría del caso y es así, que con el establecimiento del artículo 361 del C.P.P., se prohíbe taxativamente al Juez decretar pruebas de oficio, norma, que en nuestro concepto, debe seguir siendo aplicada en el sistema, porque es ella la que garantiza un verdadero proceso adversarial con la división de actos de investigación y actos de juzgamiento y una verdadera aplicación del apotegma de que el sistema acusatorio debe regirse en aplicación de la igualdad de armas<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema penal acusatorio. Tomo I. Bogotá: Edición Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 126.

### 1.3 JUSTIFICACIÓN

La importancia del presente proyecto de investigación emerge por razón de la necesidad de dar una aplicación laxa al Sistema Penal Acusatorio, en el entendiendo de que es viable de manera excepcional y constitucional el decreto oficioso de pruebas, y que tal circunstancia en jamás estaría significando que el Juez de manera anticipada e inevitable estuviese tomando partido a favor de una de las partes; es por ello que debe afirmarse sin temor a equívocos que el decreto oficioso de prueba excepcional siempre deberá ser el fundamento de los fines constitucionales orientados exclusivamente a encontrar la verdad, sin deslindar que el sistema adversarial busca concretar además un trabajo transparente, leal, sopesado de cada una de las partes para lograr constituirse en una fase probatoria que lleve al juzgador a emitir su fallo de manera objetiva y ajustada a derecho.

Resulta conveniente este estudio para que quienes hacen parte de la Administración de Justicia analicen de manera juiciosa, si el permitir el decreto oficioso de pruebas implicaría retrotraernos al Sistema Inquisitivo con el sofisma de que con ello se lograría llegar a la verdad, a la justicia y a la reparación, y si con ello entonces se distaría del espíritu del sistema acusatorio.

Se respeta la posición de la Corte Suprema acerca del no decreto oficioso de pruebas ni siquiera de manera excepcional y por razones constitucionales, pero no se comparte, porque aunque se considera que es aceptable el que con ello se puede desequilibrar la esencia del sistema acusatorio, el Juez no puede ser solamente un convidado de piedra, sino que por el contrario, deberá tener la oportunidad de intervenir no solamente en la dirección y arbitraje de la causa sino como garante de los derechos fundamentales; y es allí donde para evitar que esos derechos se vulneren, es que debe atribuírsele al Juez esa facultad de decretar de manera excepcional y de oficio pruebas sin que con ello se desdibuje la finalidad de ese sistema acusatorio.

Los fines del Estado<sup>7</sup> según la Constitución Colombiana se pueden cumplir en el ejercicio del procedimiento penal con la solicitud de práctica de pruebas por cada una de las partes que esta de suyo trabajando por su interés orientado a sacar adelante su teoría del caso, sin embargo, ha sido el mismo legislador el que ha facultado a un Representante de la Sociedad que es el Ministerio Público<sup>8</sup> para que también de manera excepcional solicite la práctica de pruebas que considere indispensables para llegar a la verdad, sujeto procesal del que no se podrá afirmar entonces, que vendría a suplir la necesidad del decreto oficioso de pruebas y menos cuando esta facultad se le está otorgando al Juez pero únicamente de manera excepcional.

## **1.4 OBJETIVOS**

**1.41 Objetivo general.** Demostrar que otorgar facultades al juez para decretar oficiosamente pruebas no vulnera el principio de imparcialidad ni el principio de igualdad de armas.

### **1.4.2 Objetivos específicos.**

- Determinar el desarrollo histórico del concepto de Decreto oficioso de pruebas.
- Relacionar el decreto oficioso de pruebas desde el punto de vista del Derecho Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario, verificando si existen convenios y tratados internacionales que hablen al respecto.

---

<sup>7</sup> GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Editorial Leyer 2011, Art. 2.

<sup>8</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2012, Art. 109,111 y 284.

- Hacer un análisis juicioso de la Jurisprudencia de las Cortes respecto a su posición frente al tema de estudio.
- Establecer la necesidad o no de mantener la aplicación del artículo 361 del C.P.P., y en consecuencia de ello la importancia o no de que se mantenga la triada de Acción-Jurisdicción-Defensa de manera separada.

## **1.5 MARCO TEÓRICO**

Últimamente se han venido suscitando discusiones acerca de la posibilidad de que el Juez decrete pruebas de oficio; al respecto se han sentado varias posiciones según las cuales algunos están a favor de dicha circunstancia, mencionando para ello que los partidarios de esta tesis señalan que se logra la ampliación respecto de los hechos materia de investigación, así como el referir que el decreto oficioso de la prueba brinda la posibilidad de que se produzca un fallo más justo y acorde con la situación fáctica, existiendo así mayores elementos de convicción que lleven a un fallo más completo y a la posibilidad de acercarse mucho más a la verdad; se reconoce así también la labor del juez como verdadero administrador de justicia y no como un simple árbitro, entre esos autores están Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, Julián Rivera Loaiza, Edgar Saavedra Rojas.

Los detractores del establecimiento del decreto de pruebas de oficio en un sistema con tendencia acusatoria señalan que violaría la esencia del sistema acusatorio porque es al ente persecutor al que le corresponde la función acusatoria; igualmente se aduce que iría en contravía del principio adversarial y de igualdad de armas que debe regir el sistema acusatorio; la permisión de decreto de pruebas de oficio convierte al Juez en parte y con ello se viola el principio de contradicción, pues se está perdiendo la posibilidad de objetar y controvertir y en consecuencia se afecta la teoría del caso de una de las partes, desequilibrando el principio de igualdad.



## 1.6 MARCO JURÍDICO

- Constitución Política Colombiana 1991, norma de normas, que permitió la introducción de las normas que hacen parte del Bloque de constitucionalidad, artículos 250, parágrafo y 277; 111 Funciones del Ministerio Público, 112 Actividad Probatoria y 184, párrafo 2º del C.P.P.
- Código de Procedimiento Penal, que regula el decreto oficioso de prueba en su artículo 361, y los principios rectores de la igualdad e Imparcialidad, artículos 4 y 5 respectivamente.
- Sentencia - Proceso No 24468 - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACIÓN PENAL- Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO del 30 de Marzo de 2006, a través de la cual la corte expone su aquiescencia para la práctica del decreto de pruebas de oficio por parte del Juez en forma excepcional y por razones constitucionales que deben ser ampliamente argumentadas por el funcionario que así lo haga.
- Sentencia C-396 del 23 de Mayo de 2007, Corte Constitucional, MG. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, expone que por mandato constitucional es prohibido al Juez Penal de conocimiento decretar pruebas de oficio y señala que excepcionalmente son permitidas para el Juez con Funciones de control de garantías, es decir que esa prohibición no es absoluta sino relativa.
- Sentencia del 4 de Febrero de 2009 Radicado 29415, Julio Enrique Socha Salamanca –C.S.J., cuyo contenido principal habla del Derecho a tener un Juez independiente e imparcial, mencionando que el Juez debe mantenerse distante del conflicto que debe resolver para que así pueda analizar y concluir con objetividad cuál de las teorías del caso es la más ecuaníme y justa para proceder a dictar sentencia, porque es que el Juez solo puede decidir con

justicia si es imparcial, es decir que no tiene inclinación de ánimo favorable o negativo respecto de cualquiera de las partes.

- Acto Legislativo 003 del 2002, por cuya trascendencia se conformó la comisión interinstitucional encargada de presentar a consideración del congreso los proyectos de ley pertinentes para la adopción del nuevo sistema procesal penal, con cuyo producto surge la ley 906 de 2004.

## **CAPITULO II**

### **SISTEMAS PROCESALES**

Desde épocas primitivas cuando el hombre debió convivir en sociedad surgió la necesidad de crear formas que hicieran posible esa convivencia y de regular los desmanes que de una u otra manera hacían difícil esa convivencia, es por esa razón que desde la misma biblia vemos que existe la ley de las doce tablas, las conductas que eran permitidas y las que eran prohibidas estableciendo un castigo para quien infringiera esas leyes.

Con la evolución histórica se fue creando un sistema de retaliación y a cada quien se le castigaba de acuerdo a la gravedad de su comportamiento, así surgió el concepto de ley del talión, de la venganza, de la necesidad de que la víctima u ofendido reclamara por sí mismo el resarcimiento al daño causado, aquella era una forma de justicia privada que dio nacimiento a lo que hoy conocemos como sistema acusatorio y pese a que se trataba de una forma elemental de dar vida a ese tipo de sistema fue la manera en que se desarrolló y surgía como importante porque ahí se veía que la víctima iba por un lado, el acusado por otro y el juzgador decidía sin intervenir en la producción de la prueba.

Desde esa óptica y con el correr del tiempo a medida que las civilizaciones se iban haciendo más grandes y que se empezó a ver la importancia del poder fue que se entendió que era necesario un mayor control del estado sobre los gobernados al punto de que cuando la Iglesia se instituyó en monarquía y su forma de gobierno se convirtió en tiránico y absolutista fue que surgió la otra forma de sistema procesal que denominamos inquisitivo y que detallaremos infra.

El desborde del poder de la corona llegó a su límite no sin antes haber dejado en la historia lamentables y exageradas huellas de torturas, vejámenes, condenas a la hoguera, a la horca que trascendieron en la historia pero que afortunadamente fueron superadas con la época del iluminismo y la llegada de la revolución francesa, surgiendo entonces necesario implementar un sistema procesal que dejara atrás los horrores de la tortura y trajera consigo las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa desconocido en el sistema inquisitivo, pero a la vez que no dejara atrás características de este sistema que resultaban importantes para ser viable el desarrollo de ese sistema que era por ejemplo la escrituralidad.

En este capítulo entraremos a examinar con detalle los tres sistemas fundamentales que se han desarrollado en la doctrina procesalista que son el sistema acusatorio, el inquisitivo y el denominado sistema mixto<sup>9</sup>.

## **2.1 PARTE HISTÓRICA**

Desde tiempos remotos, se ha venido hablando de sistemas procesales inquisitivo y acusatorio y no como se ha creído por el común de la gente que hasta éste siglo es que surge el último de los nombrados, el cual, desde su surgimiento se destacó por deslindar los intereses de las partes dándole un rol específico a cada uno sin que el juzgador tuviera posibilidad de intervenir en la creación de la prueba.

Señala el maestro Ferrajoli<sup>10</sup> “llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el Juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están

---

<sup>9</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: Editorial José María Bosch editor, 1997, p. 257l.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 565.

excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de Defensa”, contrario a ello aparece el sistema mixto que combina características propias de uno y otro sistema, entraremos entonces a analizar cada uno de ellos.

**2.1.1 Sistema inquisitivo.** El sistema Inquisitivo, como su nombre lo indica nace en la llamada Inquisición en los siglos XIII a XIX y dada dicha época donde reinaba la religión, la herejía entonces, la ciudadanía, debía ser controlada y asediada por las autoridades civiles y eclesiásticas y sus bienes incautados, las autoridades eran quienes debían iniciar las investigaciones de oficio, eran los obispos quienes debían instalar el Tribunal en cada parroquia y finalmente se crea una legislación aplicable a los herejes; extendiéndose así dicho sistema a otros países por lo que para el año 1231 se nombra en Alemania su primer mandatario inquisidor, ocurriendo otro tanto en Aragón.

Esta situación y el absoluto dominio de la Iglesia hacen que ésta diseñe su propia legislación y su propio sistema que en principio se fundamenta en el Modelo Romano hasta que finalmente asume sus propias características de modelo inquisitivo y sus propios principios rectores que los gobernarían. Fue la iglesia quien construyó y fijó el proceso inquisitivo y los principios que lo gobernaron<sup>11</sup>.

Aquél sistema procesal se constituyó en la peor época de la historia en lo que a proceso se refiere, por cuanto era la tortura y el castigo físico, los que se utilizaban para obtener la verdad y en el juzgador, estaban todas las funciones acusación, defensor y juez, por lo que el procesado no tenía nada más que someterse a los designios del juzgador sin que existiera la posibilidad de defenderse.

El antecedente remoto del sistema inquisitivo viene de la Roma antigua cuya forma de gobierno despótico y dictatorial presentaba solo causas de oficio en el que se procesaba a quien ofendía algún interés directo del Príncipe, se pasa

---

<sup>11</sup> ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Op. cit., p. 5.

entonces a una denuncia oculta, el proceso se tramitaba en secreto sobre documentos escritos reservados, utilizándose la tortura como medio de prueba, así lo vimos en el principado de Tiberio<sup>12</sup>, de donde se desprende que las principales características de ese sistema son el excesivo culto al formalismo, escrito y reservado, la prueba se judicializa y concentra en la etapa de instrucción, el derecho de defensa es limitado pues no hay controversia de la prueba, el periodo probatorio del juicio pierde sentido, la carga de la prueba recae en el sindicado quien habrá de defenderse de la acusación, no hay presunción de inocencia, no existe en absoluto oralidad alguna, el Juez se comunica con los intervinientes mediante oficio, es el llamado sistema de papel.

Desde esta perspectiva cabe señalar que en ese sistema inquisitivo con concentración de poderes, ello se constituía en un obstáculo para garantizar los principios de imparcialidad y un proceso justo orientado a obtener la verdad, dificultando además el derecho de defensa tanto técnica como material<sup>13</sup>.

En la relación Estado iglesia se utilizó el derecho penal como arma para legitimar el poder de soberanía del que se decía provenía de Dios, era él quien por medio de su gran poder asignaba potestad a los gobernantes para que impusieran sus reglas y logran que todos los súbditos obedecieran. Como la confesión era la prueba por excelencia, cualquier medio que se utilizara para obtenerla era válido, por ello fue que se institucionalizó el uso de la tortura, no se debe olvidar que en la edad media el pontificado creó la inquisición con alcance judicial para ubicar y sentenciar a los culpables de la herejía que era el delito más grave que se podía cometer, la forma de castigar a los herejes era muy severa y podría variar si el sospechoso de herejía se presentaba voluntariamente para ser procesado o si era necesario buscarlo, siendo suficiente el testimonio de dos testigos, así fueran secretos para condenarlos.

---

<sup>12</sup> SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnica del juicio Oral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 3ª Ed., 2010, p. 42.

<sup>13</sup> REYES MEDINA; CHAVARRO y SOLÓRZANO GARAVITO, Op. cit., p. 1 y ss.

Luego con la inquisición española se creó un sistema de crueldad que se convirtió en el sello característico del mismo, haciéndose famoso el primer inquisidor de la historia española TOMAS DE TORQUEMADA, quien sin ningún miramiento adelantó miles de procesos en contra de supuestos herejes, bígamos, brujas, dando de baja a miles de personas.

Refiere LLORENTE que fueron más de trescientos mil personas las víctimas directas de la inquisición señala: “ Si eran delitos de mayor cuantía después de estar largo tiempo presos y después atormentados, los quemaban, a no pocos confiscaron sus bienes y condenaron a cárcel perpetua..”<sup>14</sup> Limitaron muchas figuras de la historia que murieron a manos de un Tribunal de inquisición, entre ellas Juana de arco, el filósofo y teólogo Giordano Bruno, el sabio Galileo Galilei.

En esa época de la inquisición existía una especie de consejo que ayudaba al juzgador a emitir el veredicto el cual era dado a conocer en una ceremonia pública y se denominaba *sermo generalis* o auto de fe.

En 1542 el papa Pablo III establece en Roma la congregación de la Inquisición Romana cuya finalidad primordial era proteger y velar por la ortodoxia religiosa.

En España el carácter público del derecho penal solo se concibió hasta la edad moderna siendo sus mayores impulsores los reyes católicos quienes no solo legislaron en esa materia sino que además protegían la acción de sus jueces creando incluso dos instituciones basadas en una política absolutista y que denominaron La Santa Hermandad y el Santo Oficio de la Inquisición.

Esta situación generó que los judíos tuvieran dificultades para trabajar, se les restringían sus actividades y se les obligaba solo a residenciar en determinadas zonas por lo que surgió la necesidad por parte de estos de convertirse al

---

<sup>14</sup> LLORENTE, Juan Antonio. La inquisición y los españoles. Madrid: Imprenta de Sancha, 1812.

cristianismo para mejorar sus calidades de vida y fueron denominados por la inquisición como los marranos.

Hasta ese momento de la historia las principales características del sistema inquisitivo lo eran la existencia de un sistema de justicia basado en la crueldad, la confesión era la prueba reina y para obtenerla utilizaban la tortura, los jueces eran encapuchados, los testigos y las pruebas eran secretas, se presumía la responsabilidad del procesado, se confundía el delito y el pecado.

De lo anteriormente expuesto resulta obvio que la prueba no solo era OFICIOSA, sino que el poder de los jueces, que estaban sometidos al príncipe o monarca era sobre dimensionado toda vez que no había ningún tipo de respeto por el ser humano, la crueldad era ilimitada, surgían sospechosos sin razón, y llegaban a ser objeto de procesos judiciales tortuosos extensos, sin garantías para terminar en la mayoría de los casos en la muerte.

Luego en la época de la conquista y de la colonia en América y como tradición de herencia española se impusieron estrictas normas raciales, pues quien quería su ingreso al nuevo mundo no debía provenir de antepasados judíos o moriscos, ya para mediados del siglo XVI. Para 1569 se crean tribunales de inquisición en México y en Lima y ya para 1610 se da nacimiento al Tribunal de Cartagena de indias<sup>15</sup>.

No se puede perder de vista que en América hubo bastante influencia de la corona española y es por esa razón que las sentencias del inquisitivo también eran crueles denigrantes y sobrecogedoras, como la del comunero José Antonio Galán, Túpac Amarú y Juan Santos Atahualpa.

---

<sup>15</sup> ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Op. cit., p. 16.



Con el paso del tiempo, se va dando espacio a la reflexión a la inconformidad a los manifiestos contra toda forma de tortura y ya para comienzos del siglo XIX decae el mismo, pues se abre paso la época del iluminismo con la llegada de la Revolución Francesa y con ella un movimiento que auspicia el gran cambio en materia procesal, es José Bonaparte quien habiendo sido coronado en el trono de España da fin al Tribunal de la Inquisición en el año de 1808 decretando su extinción.

Derrotado posteriormente Napoleón, vuelve al trono el rey Fernando VII y con él la inquisición, sin embargo una vez muerto Fernando VII se elimina nuevamente la inquisición para el año de 1834, en nuestro territorio entre tanto con las victorias de San Martín y Bolívar, se obtuvo la independencia y para ese momento ya se habían abolido los tribunales de la inquisición<sup>16</sup>.

**2.1.2 Sistema mixto.** Para el siglo XIX inician las victorias de Napoleón, se extingue el tribunal de la inquisición y surge el sistema mixto; no obstante ello, en algunos estados se conservaron algunas de sus características pero aun así, el sistema se humanizó en parte para ponerse a nivel con los principios liberales e iluministas, desvaneciéndose poco a poco ese autoritarismo inquisitivo.

El sistema mixto se llama de esa manera porque viene de la tradición jurídica romano-germánica del sistema continental europeo y fueron movimientos intelectuales como la ilustración de la revolución francesa los que permitieron que se abandonaran los viejos esquemas jurídicos, se buscaba estar a la par con la creación del pensamiento democrático liberal, se pretendió conciliar el interés del Estado por investigar los delitos y el *ius libertatis* de los ciudadanos, otorgando por fin el derecho a la defensa.

---

<sup>16</sup> Ibíd., p. 18 – 19.

Reputándose este sistema de corte liberal y democrático, por emanar de la conjunción de ideales de los pensadores europeos como Rousseau y Montesquieu, surge necesario señalar que eran estos pensadores quienes hablaban de que los hombres nacen libres, pero que para vivir en sociedad ceden para hacer efectivo el contrato social, es decir que el Estado liberal debe limitar lo menos posible a los gobernados y ello se recoge en el derecho penal, y es democrático porque todos los poderes públicos dimanaban del pueblo debiendo ser el poder quien acote al mismo poder y es por ello que debe dividirse en tres, el ejecutivo, el legislativo y judicial<sup>17</sup>

Con la institución de esta separación tripartita del poder, el proceso penal también reclamó la desconcentración funcional en el sentido de establecer que un funcionario fuera el que acusara y juzgara y otro que llegara en pie de igualdad a enfrentar al acusador en un debate público y ese era el defensor, se elevaron entonces los derechos subjetivos apareciendo el principio de presunción de inocencia, el de in dubio pro reo y el de reconocimiento de la dignidad humana, pues toda persona es un fin en sí misma, no una cosa, lo que llevo naturalmente a erradicar el rito procesal del secreto amparado en la tortura<sup>18</sup>.

Este sistema ha venido contemplando dos fases, un mixto clásico y un mixto moderno, la primera de ellas surge, como se ha venido señalando desde la era de Napoleón Bonaparte con su código de instrucción criminal (1808), ese sistema se caracterizaba por tener una primera fase de naturaleza inquisitiva, es decir que el procedimiento se desarrollaba de manera escrita y secreta, dirigido por un Juez protagonista ante quien actuaba el representante del ministerio público; una fase intermedia en donde los resultados de la instrucción eran sometidos a una de las dos cámaras dependiendo de si había o no había pruebas suficientes, entonces la

---

<sup>17</sup> GARCÍA ROJAS, Rogelio Gerardo. Defensa adecuada en la averiguación previa. En: Revista del Instituto federal Defensoría Pública. México (marzo, 2008) No. 2.

<sup>18</sup> RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. El juicio oral en Colombia. 2ª Ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p. 41.

cámara de consejo clausuraba el proceso sino había pruebas suficientes, mientras que si habían pruebas le correspondía a la cámara de acusación y esa cámara era la que decidía la apertura de la tercera fase del proceso, es decir el juicio. Ya en esta fase del juicio se utiliza un procedimiento con rasgos propios del sistema acusatorio, es decir, aquí se practicaba la oralidad, la publicidad y la contradicción.

En lo que se denomina el proceso mixto moderno, el origen viene gestado sobre la misma revolución francesa, ya para 1791 se introducen cambios en el sistema penal de tinte acusatorio se procuró dar al acusado la posibilidad de gozar de garantías que le permitieran tener un proceso mas justo, se le aseguro la defensa técnica desde el inicio de la acusación aunque se debe decir, de una manera limitada, se instauró igualmente la detención provisional para garantizar la realización de justicia, se crearon los juicios con jurados populares, todo lo cual se vio fortalecido con la declaración universal de los derechos del hombre en 1791, surge entonces el concepto de ley como expresión de la voluntad general, el principio de igualdad de todo ciudadano frente a la ley, el principio de legalidad y la consagración del principio de inocencia que siempre había estado ausente<sup>19</sup>.

**2.1.3 Sistema acusatorio.** En cuanto al sistema acusatorio debemos señalar que tuvo sus orígenes en Grecia bajo su organización de Ciudad-Estado y en momentos en que predominaba la democracia directa, país en el que desde un principio se ha venido aplicando las figuras de ACUSACION y JUZGAMIENTO, cada una de estas adelantadas por órganos separados pero con una sola etapa, LA DEL JUICIO PÚBLICO Y ORAL.

En este primer modelo de sistema acusatorio el acusador presentaba la denuncia al acusado previa notificación por parte de aquel, y una vez enterado se

---

<sup>19</sup> CAÑÓN SÁNCHEZ, Adriana María y otros. En: Revista Trimestral No. 7 Instituto de Postgrados Universidad Libre. (Marzo, 2002), p. 262 y 263.

presentaba ante el Magistrado para responder, si por alguna razón el acusado negaba la acusación y el ente acusador insistía en la misma, la denuncia o queja se trasladaba al Tribunal en donde se constituía un gran jurado ante quien acusador y acusado sustentaban sus razones y se dictaba la correspondiente sentencia, si la misma era condenatoria el jurado podía intervenir y sugerir respecto de la pena a imponer.

Con el transcurrir del tiempo este modelo de sistema acusatorio fue acogido por los Romanos cuando estaban organizados como República, pero dado el nacimiento del imperio y su expansión esa situación dificultaba en algo la aplicabilidad de dicho sistema y en consecuencia la materialización de la acusación y el respectivo juzgamiento, por lo que se vieron en la necesidad de adoptar algunas reglas del sistema inquisitivo para evitar la impunidad, características que fueron tomando mayor fuerza.

Cuando surge el Imperio decae totalmente el sistema acusatorio y se posesiona el inquisitivo, es allí cuando al surgir un gobierno dictatorial, despótico y autocrático se dan las primeras formas de proceso inquisitivo por las *delicta* pública, empezando por los *crimina laesae maiestatis* de subversión o conjura, en los que se estima ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identifica con el Estado. La acusación pública cambio por la denuncia y la “oculta calumnia” – propiciada por un tipo de individuos funestos, verdadero ejército de delatores- convertidas en un instrumento de la tiranía<sup>20</sup>.

Hay que resaltar que ese sistema acusatorio clásico utilizado desde épocas primitivas es puro por cuanto la persecución penal obedece directamente al interés del ofendido, es él quien tiene la potestad de realizar la investigación correspondiente, llevar al acusado ante el tribunal o magistrado y hacerlo castigar sin que para ese efecto medie de ninguna manera el interés del gobernante o del

---

<sup>20</sup> RAMIREZ BASTIDAS, Op. cit., p. 30.

Estado, este sistema se vio derrumbado con la llegada del poder eclesiástico al estado, porque una vez que la iglesia adquiere el poder monárquico la forma de gobierno se vuelve absolutista y tiránica, de manera que se pasa de un proceso acusatorio puro a un proceso inquisitivo puro porque en el desarrollo del mismo solo prevalece el interés del monarca quien no tiene ningún miramiento para imponer la ley del terror y enseñarle a los ciudadanos que él es el que decide siendo así que el procedimiento se maneja de forma secreta con pruebas que desconoce el acusado con desconocimiento total del derecho de defensa, con abuso total del poder en detrimento del investigado.

Con el advenimiento del iluminismo y orientados a humanizar el proceso penal deviene nuevamente la aplicación del sistema acusatorio pero con la intervención del estado como principal representante de los intereses de la sociedad, es decir, se trata de imponer reglas que convengan no solo al ofendido en forma privada sino que sean ejemplificantes para toda la sociedad, reconociendo el ejercicio del derecho de defensa, la división de tareas para las operaciones de investigar, acusar y juzgar en cabeza de personas distintas.

El cambio de las formas de gobierno en todos los continentes pero especialmente en el europeo trae consigo la necesidad de crear un sistema procesal penal acorde con los principios demoliberales, un reconocimiento de la persona como sujeto y no como objeto del proceso penal, surge necesario rescatar el derecho de defensa como la forma de enfrentar la acción del estado pudiendo entonces debatirse y controvertir las pruebas haciendo que el proceso se vuelva mas igualitario, se desechen la tortura como forma de obtener la confesión, se busquen otros elementos que permitan al juzgador decidir sin intervención de los sentimientos subjetivos sino con la implementación de figuras como la tarifa legal y la sana crítica.

## **2.2 APLICACIÓN DE LA PRUEBA OFICIOSA EN CADA UNO DE LOS SISTEMAS**

**2.2.1 Concepto.** El decreto de prueba oficiosa es la iniciativa o facultad que recae sobre el Juez (Penal o Civil) de ordenar la práctica de una prueba y que considera estrictamente necesaria para lograr el fin último de la verdad material y consecuentemente reflejarla en una sentencia.

Es una herramienta auxiliar del juzgador instituida por el derecho procesal para que se practiquen las diligencias que considere necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos en un asunto sometido a su conocimiento.

Según la teoría clásica el objeto de la prueba de oficio son los hechos de donde debe señalarse que la prueba que aporte el Juez en el caso que se ventile ante su despacho demostrará un determinado hecho que ha sido alegado por determinada parte inclinándose la balanza para quien en realidad posee el derecho.

Entonces El fin de la prueba de oficio es otorgarle al administrador de justicia certeza sobre puntos controvertidos y no probados de manera clara, por lo tanto esa prueba por él decretada va dirigida a esclarecer sus dudas.

**2.2.1.1 Prueba oficiosa en el sistema inquisitivo.** En el esquema del sistema penal inquisitivo la investigación de delitos es una función exclusiva del estado, por lo que su persecución es oficiosa, es decir, no se requiere ninguna formalidad para iniciar la investigación son permitidas figuras como la delación, la denuncia anónima y la pesquisa<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> PIETRO CASTRO, Leonardo. Cuestiones de Derecho Procesal. Madrid: Editorial Reus, 1947, p. 62.

De donde se desprende que el Juzgador cuenta con una amplia facultad para ordenar la práctica de pruebas incluso de manera extralimitada, lo que importa aquí es emitir una sentencia ejemplarizante sin importar que se restrinjan o no los derechos del acusado, es tan amplio el poder de quien decide que se llega a ejercer la potestad jurisdiccional sin el amparo de las garantías fundamentales bajo el ejercicio arbitrario de quien investiga y juzga.

La prueba oficiosa en el desarrollo de este sistema se convierte en un instrumento de poder que vulnera los derechos sobre los cuales se debe cimentar cualquier proceso judicial, no se respeta el principio del debido proceso y muchísimo menos el de presunción de inocencia<sup>22</sup>.

**2.2.1.2 Prueba oficiosa en el sistema mixto.** En este sistema el principio de oficiosidad es modificado, principalmente en dos aspectos, pues al crearse la figura de la fiscalía como ente instructor es éste el que detenta el monopolio del ejercicio de la acción penal, de ahí que el Fiscal es la única persona que puede llevar un caso ante un Juez mediante el ejercicio de la acción penal, ya no es directamente el Juez el que recibe la denuncia y comienza la investigación; el segundo aspecto que cambia es que se crean los delitos querellables y el concepto de que hay querrela necesaria, es decir, no se puede iniciar ninguna averiguación y mucho menos ejercer la acción penal sino es porque la persona legitimada decide presentar su querrela.

El poder absoluto del estado para iniciar proseguir y culminar el proceso penal fue derrumbado y aunque aún continúa la facultad oficiosa del estado son muy pocas las posibilidades para ejercer tal oficiosidad de manera arbitraria.

---

<sup>22</sup> GRUPO EVOS. Ley y Justicia Asesoría Virtual. Consultada el 12 de junio de 2012. Disponible en [www.grupoevos.com/blog](http://www.grupoevos.com/blog)

La unidad de parte desaparece, surge un triángulo procesal en el que se muestra un órgano que acusa, que es la Fiscalía, el inculpado a quien ahora se le da la posibilidad de tener un defensor que participe activamente en el proceso y el Juez que es quien decide, sin embargo, ese Juez para la búsqueda de la verdad tiene aún en este sistema la posibilidad de decretar pruebas de oficio.

En lo que atañe a la valoración de las pruebas dentro del sistema mixto, se le concede a algunas pruebas, por parte del legislador, determinado valor probatorio, como por ejemplo a los documentos públicos, los allanamientos, las inspecciones judiciales que adquieren un valor probatorio pleno y en cuanto a otros elementos de prueba la ley señala unas reglas para su valoración como ocurre en el caso de los testigos y la confesión; también se da la oportunidad al Juez de que valore las pruebas atendiendo el principio de la sana crítica, es decir teniendo en cuenta las reglas de la lógica y de la experiencia que es lo que sucede con las pruebas periciales, la prueba circunstancial teniendo estos últimos el carácter de indicios<sup>23</sup>.

**2.2.1.3 Prueba oficiosa en el sistema acusatorio.** Como de lo que se trata en este sistema principalmente es garantizar la imparcialidad del juzgador la facultad oficiosa del Juez para decretar pruebas vulnera ese principio de imparcialidad de manera que en este sistema se propende porque el juzgador se mantenga al margen de los intereses que cada una de las partes representa en el juicio, de tal manera que esa imparcialidad que debe reinar es definida como la ausencia de perjuicios a favor o en contra de una de las partes en relación con la materia sobre la cual deberá decidir<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO INQUISITIVO Y MIXTO. Consultada el 18 de agosto de 2012. Disponible en [www.tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/20456/capítulo1](http://www.tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/20456/capítulo1)

<sup>24</sup> GALERÍA LABORATORIO DE HISTORIA. Representación reforma procesal penal, 2009. Consultado el 18 de agosto de 2012. Disponible en <http://laboratorio-historia-galeria.blogspot.com/2009/10/representacion-reforma-procesal-penal.html>



Bajo el imperio del sistema acusatorio la prueba oficiosa deja de existir, pues el papel del juzgador debe ceñirse al debido proceso, al principio de imparcialidad al respeto por el principio de igualdad de armas de manera que su papel se reduce a valorar la prueba y a emitir sentencia de manera neutral atendiendo a los elementos con que cada una de las partes probó su teoría del caso sin que le sea dable decretar pruebas para aclarar dudas o aspectos que no hayan quedado claros dentro del desarrollo del proceso, porque si así procediera estaría inclinando su decisión a favor de la parte a la que aquella prueba decretada favorece.

## **2.3 EN COLOMBIA**

**2.3.1 Aplicación de la prueba en el sistema inquisitivo.** Tradicionalmente Colombia ha utilizado a lo largo de la historia un sistema procesal abiertamente inquisitivo donde prevaleció la obligación de las autoridades en la persecución del delito, no importaba quien fuera procesado o quien sufriera el perjuicio el sujeto era simple objeto procesal, este sistema se caracterizó por un desbordado poder del Estado que encarnaba la facultad de investigar y de juzgar, y en su nombre se cometieron a lo largo de la historia abrumadoras arbitrariedades, era el tipo de justicia – venganza, ya no en manos de un individuo sino de un monstruo llamado Estado que cobraba venganza a quien derrumbaba el pacto de seguridad que todos habían acordado, se admiraba la condena por encima de la efectividad o el pragmatismo, había que demostrarle a la sociedad que la venganza era efectiva, era una forma de persuadir por la vía del terror a quien se viera tentado a delinquir<sup>25</sup>.

**2.3.2 Sistema mixto en Colombia.** En Colombia se adoptó un sistema mixto pero con marcada tendencia del sistema inquisitivo, algunas características de ese

---

<sup>25</sup> ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA. Actividad Económica. Consultado el 20 de agosto de 2012. Disponible en [www.acj.org.co](http://www.acj.org.co)

sistema fueron la escrituralidad, un órgano judicial con acumulación de funciones, la permanencia de la prueba, la práctica de pruebas en etapa de instrucción, obteniendo del sistema acusatorio el principio de presunción de inocencia, sana crítica, el sindicado como sujeto de derechos y en alguna época la institución de jurado de conciencia.

A pesar de que el cambio de sistema inquisitivo a mixto se constituyó en un avance no logró humanizar del todo la administración de justicia y entonces el procedimiento como tal se constituyó en una dispendiosa sucesión de etapas, tenemos entonces que se empieza con la recepción de una denuncia, vinculación mediante indagatoria, definición de situación jurídica, práctica de pruebas de oficio y a petición de parte, cierre de la investigación, alegatos de los sujetos procesales y calificación del mérito del sumario, celebración de audiencia preparatoria ante Juez competente, práctica de pruebas en el juicio, que también podían ser ordenadas oficiosamente por el Juez, audiencia de juzgamiento y finalmente sentencia.

Todo ese *iter* procesal implicaba la acumulación de voluminosos expedientes por cuanto en la etapa de instrucción todo era escrito mientras que en la etapa de juzgamiento ya en la audiencia final se manejaba algo de oralidad, haciendo que el proceso penal durara desde su inicio hasta su culminación aproximadamente dos años, ello sin contar con la práctica de los recursos que hacía que el proceso se dilatará aún más en el tiempo, pues esa duración podía aún, llegarse a duplicar<sup>26</sup>.

**2.3.3 Sistema acusatorio en Colombia.** En Colombia desde el año 2000 y con la entrada en vigencia de la Ley 600 se dieron las bases de lo que se vendría a constituir en el proceso de transformación de la justicia penal colombiana que estaba apostando por un sistema acusatorio dejando de lado la tradición penal

---

<sup>26</sup> Ibíd.

muchas veces criticada por ineficiente y lenta así como irrespetuosa de los derechos fundamentales, incapaz de terminar con la impunidad, a pesar de que el sistema penal acusatorio es de raigambre anglosajona, al tener una amplia experiencia histórica en Estados Unidos adquirió un inusitado protagonismo en nuestro país.

Aún así, en Colombia no existe una implementación real de la política criminal, la obligación constitucional de defender la libertad, honra y bienes de las personas<sup>27</sup> que viven en el territorio nacional no se da, es por ello que aún este sistema resulta incipiente porque no es coherente el sistema procesal con la política criminal que determine una misma naturaleza sociopolítica, socioeconómica y sociocultural, aclarando que el sistema procesal penal no es la política criminal en sí, sino producto de ella.

Al interesarse Colombia en el cambio de sistema procesal el objetivo principal era ser más efectivos en la lucha contra la impunidad, garantizando los derechos fundamentales de todas las personas que directa o indirectamente participan en el proceso penal y la respuesta a esa búsqueda era un sistema acusatorio de corte eminentemente oral surgiendo que la Fiscalía apareciera como ente acusador, los jueces debían transformarse, ser imparciales, solamente escuchar y decidir, los litigantes deben transformarse a hacer una defensa idónea y técnica y la comunidad en general debía transformarse para adoptarse al nuevo paradigma jurídico.

Con la entrada en vigencia de la ley 906 del 2004 entró a regir el sistema acusatorio en Colombia de manera gradual en el territorio colombiano, sin olvidar que desde 1991 se había creado la Fiscalía General de la Nación y para el 1 de julio de 1992 entró en funcionamiento la misma remplazando a los antiguos tribunales de instrucción penal criminal, de esa manera entro en nuestro país a

---

<sup>27</sup> GÓMEZ SIERRA, Op. cit., Art. 2º.

regir el sistema penal oral con tendencia acusatoria, de allí que viene un cambio drástico en materia de decreto de prueba oficiosa toda vez que en el artículo 361 de la referida ley se prohíbe que el Juez haga decreto de pruebas lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que una de las características principales de este sistema es regir bajo el amparo del principio de imparcialidad.

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia ha venido decantando el principio de imparcialidad<sup>28</sup> objetiva del Juez en el sentido de aclarar que este no consiste solo en la adopción de instrumentos externos al proceso sino también en el diseño de reglas al interior del proceso y ha señalado que los instrumentos legales para garantizar esa imparcialidad del Juez se encuentran así: A.- el funcionario que instruye no juzga; B.- la pérdida de iniciativa probatoria del Juez (es un tercero imparcial que busca la justicia material); C.- la carga de la prueba de la responsabilidad penal le corresponde a la fiscalía, nótese que estos tres instrumentos para garantizar la neutralidad del Juez se refieren al manejo de la prueba en el sistema penal acusatorio.

---

<sup>28</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-396 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

## **CAPITULO III**

### **LA PRUEBA OFICIOSA**

#### **3.1 PRUEBA OFICIOSA EN EL DERECHO COMPARADO**

El propósito del presente trabajo es hacer un análisis juicioso de la aplicación de la prueba oficiosa en nuestro actual sistema penal acusatorio y para ello resulta indispensable hacer un breve análisis de los diferentes sistemas jurídicos comparados con el objeto de determinar cuál es la aplicación que de este tema se hace en el campo internacional, precisando que se establecerá cuál de ellos se ajusta en mayor proporción a nuestro sistema.

**3.1.1 Aplicación de la prueba oficiosa en Perú.** En Perú como en la mayoría de los países iberoamericanos rige el sistema acusatorio en materia procesal penal, de manera que en su ejercicio prevalecen los principios de igualdad de armas, de imparcialidad del Juez, de concentración, publicidad y oralidad del proceso, así mismo el decreto oficioso de pruebas es un tema que se aplica solo desde el punto de vista excepcional, así se estipula en el artículo 385 de la norma procesal como más adelante lo veremos.

En Perú la prueba de oficio en la actualidad se encuentra presente para casos excepcionales y regulados por el Código Procesal Penal, artículos 155.3 y 385; además han recalcado los doctrinantes, como el maestro Julio Maier<sup>29</sup> que el sistema procesal imperante en el Perú no es puro, que se trata de un sistema con tendencia acusatorio de índole garantista y siendo así, es viable la aplicación de la prueba de oficio.

---

<sup>29</sup> MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

Es así que el Juez Penal, aún cuando sea excepcional y una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables (artículo 385 Inciso 2 del C.P.P., del Perú).

Con ocasión de ello este sistema procesal penal ha venido experimentando cambios orientados a la perfección del sistema acusatorio y por ello se ha tratado de mantener un modelo de procesamiento criminal en donde la igualdad de armas entre acusación y defensa sea el fundamento jurídico, ocurriendo lo mismo respecto de los postulados atinentes a concepto de adversarial.

En tal sentido el Código de procedimiento penal respecto de la prueba oficiosa, tiene consignada la facultad que para ello le asiste al Juez, sin que signifique lo anterior, que se llegue a desconocer por completo que la misma de alguna manera podría trastocar la esencia ontológica del sistema acusatorio; ello, teniendo en cuenta que el Juez al decretar pruebas de oficio ostenta la función de pesquisa en la búsqueda de la prueba, discriminando aquellas que le puedan resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación.

Ahora bien, en el sistema penal mixto el Juez Penal se encontraba facultado para sustituir las deficiencias en la aportación de pruebas por parte del Ministerio Público, a tal punto que permitía la actuación de prueba de oficio, tal situación se debía a que el mencionado *Codex* se inspiraba en un modelo penal netamente inquisitivo (en la etapa de instrucción); en cambio, en un proceso penal de corte **acusatorio puro**, al Juez le está prohibido decretar pruebas de oficio, en razón a que estas deben ser solicitadas por el acusador, en el orden que mejor convenga para probar su teoría del caso, o por el defensor, dentro de su estrategia de defensa.

Actualmente en el sistema procesal penal de tendencia acusatorio garantista, preconiza en su artículo 385, que el Juez, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios útiles para esclarecer la "verdad"; de ello se concluye que en ese sistema Procesal Penal, está inserto dentro de su normatividad, rasgos inquisitorios, al facultar al Juez Penal, disponer la actuación de pruebas de oficio, so pretexto de su utilidad para el esclarecimiento de la tan anhelada y escasa, verdad.

El artículo 385 del vigente Estatuto Procesal Penal, señala además, las circunstancias en las cuales es permisible o facultativo del Juez ordenar pruebas de oficio, señalando que si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado diligencias en la investigación preparatoria o éstas resultaran manifiestamente insuficientes, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo. Con dicha connotación normativa, lo que se busca es que el Juez conozca lo más exactamente posible los hechos, no dejándose de lado que dicho precepto persigue también el acercamiento a lo sumo, respecto a la verdad de lo acaecido, sirviendo al Juez para efectos de su pronunciamiento final plasmado en la sentencia<sup>30</sup>.

De acuerdo con lo expuesto supra, podemos concluir que en Perú al igual que en nuestro país ha surgido una controversia acerca de la facultad, así sea excepcional, que ostenta el Juez de decretar pruebas de oficio, en Colombia se ha permitido por razones constitucionales, mientras que en Perú se ha permitido por razones de utilidad, para el fundamento decisorio; es decir, la prueba de oficio

---

<sup>30</sup> NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL PERUANO. Decreto Legislativo N° 957, Art. 385. Consultado el 2 de septiembre de 2012. Disponible en [https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-peru\\_0.pdf](https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-peru_0.pdf)

debió ser entendida como necesaria cuando implique la posibilidad de que el Juez cambie su decisión<sup>31</sup>.

Sin embargo, ese decreto oficioso en Perú también tiene detractores como el caso de la maestra Teresa Armenta Deu, quien señala: "...que la autorización de aplicación de la prueba de oficio, conspira el esquema acusatorio en tanto desquicia, más allá de lo tolerable, uno de sus presupuestos esenciales, su columna vertebral: la separación funcional entre las labores de investigación y los actos de juzgamiento..."<sup>32</sup>.

**3.1.2 Aplicación de la prueba oficiosa en Costa Rica.** El sistema Acusatorio en Costa Rica propende por respetar y garantizar derechos y garantías que tienen todas las personas, en cumplimiento del mandato del debido proceso.

Hoy en Costa Rica aún existen rezagos del sistema inquisitivo, pero poco a poco se ha venido haciendo un esfuerzo a fin de derogar una serie de institutos de ese proceso penal incompatible con los postulados de la Constitución vigente en ese país y así procurar incorporar características propias del sistema acusatorio como es el juez de garantía, la investigación penal preparatoria, oportunidad reglada, suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado, etc.

Por lo anterior es preciso señalar, que el sistema plasmado en la carta política de dicha legislación se encuentra inspirado en el *common law*, conforme surge de los artículos 18, 75 inciso 22<sup>33</sup> y pactos internacionales incorporados por la reforma de 1994, de donde se desprende entonces que la acusación debe ser formulada

---

<sup>31</sup> JUICIO ORAL. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004: Sobre la etapa del Juicio Oral. Guía Práctica Nº 02. Gaceta Penal. Gaceta Jurídica SA. 1ª Ed. Edición Octubre de 2009, p. 143-144.

<sup>32</sup> ARMENTA DEU, Teresa. Principio acusatorio y derecho penal. Barcelona: Editorial Bosh, 2003, p. 44.

<sup>33</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Consultado el 6 de septiembre de 2012. Disponible en <http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>



por el ministerio público fiscal y/o el querellante, que son independientes al poder judicial que es el encargado de dictar sentencia, asumiendo así una mera función de espectador<sup>34</sup>.

Ahora bien, respecto al papel fundamental que tiene la prueba en dicho país ha de señalarse que la misma corresponde al acusador y al acusado quienes se encuentran situados en un frente de igualdad enfrentando a través de un contradictorio una afirmación o negación de un hecho.

En cuanto al proceso penal de Costa Rica ha de señalarse que el mismo se divide en tres etapas; 1) La primera es la investigación penal preparatoria, 2) la segunda es el debate o juicio y 3) la tercera es la ejecución de sentencia, en el que se encuentran dos partes enfrentadas en pie de igualdad, frente a un tercero que ostenta la calidad de autoridad.

La primera etapa, “la investigación penal preparatoria” es donde el fiscal (no el juez de instrucción), a través del ministerio público fiscal se encarga frente a una denuncia, de recolectar pruebas sobre un supuesto delito, averiguando si existe alguna probabilidad de que esas pruebas se relacionen con el imputado para determinar su responsabilidad. Esto significa que el imputado como el juez, no tienen que aportar prueba alguna durante la investigación penal preparatoria, ni en el juicio o debate, luego en esta primera etapa, como en la del juicio, la actuación de investigar, recolectar y aportar pruebas, le compete a las partes, y precisamente a la del fiscal, descartando toda posibilidad de participación activa del juez como “investigador”, ya que de ser así destruiría el concepto de sistema acusatorio, así como el de imparcialidad, concluyéndose que esa primera etapa es unilateral.

---

<sup>34</sup> VELLOSO RODOLFO, Alvarado. Academia virtual Iberoamericana de Derechos y altos estudios judiciales. Teoría general del proceso. En: El Juez y la Prueba. Consultado el 6 de septiembre de 2012. Disponible en [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juez\\_prueba.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juez_prueba.htm)

La segunda etapa denominada juicio o debate es aquella donde el fiscal acusa al imputado, aporta las pruebas con las que va a probar su caso y por su parte el imputado representado por su abogado presentará sus pruebas, las que serán valoradas por ese tercero imparcial que es el juzgador.

Se pasa así a la tercera etapa que es la de ejecutar la sentencia, ello es la decisión adoptada por el juez, donde el tribunal de mérito es libre en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento, así como en la determinación de los hechos que con ellas se demuestren, ese valor de las pruebas corresponde a su propia apreciación y será él quien las evaluará y determinara su grado de convencimiento justificando ese razonamiento que debe ser consignando por escrito<sup>35</sup>. No obstante lo anterior ha de indicarse que en Costa Rica, aún existe una parte minoritaria de la doctrina, violatoria incluso del mandato constitucional que justifican el rol activo del juzgador, dándosele la facultad de aportar y reproducir pruebas, en función del valor “justicia”, otorgándole a la “eficacia” un valor superior al de las “garantías” constitucionales.

Un ejemplo normativo que permite al Juez ordenar pruebas lo constituye el art. 400 del C.P.P. de Santa Fe (Costa Rica), que indica que “...Antes del vencimiento del plazo para dictar sentencia, si el Juez estimare de absoluta necesidad la recepción de nuevas pruebas o la ampliación de las recibidas, podrá ordenar la reapertura de la causa para práctica de pruebas”<sup>36</sup>.

La normatividad Costarricense y específicamente el Código de Procedimiento Penal de Costa Rica es claro al señalar en su articulado lo referente a la carga de la prueba y a la oficiosidad respecto de ésta, es así que en su artículo 180 indica

---

<sup>35</sup> IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. “Valoración de la prueba, motivación y control en el Proceso Penal”. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, S.L., 1995, p. 213 - 214.

<sup>36</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COSTA RICA. Ley Nº 7594, publicada en el alcance 31 a la Gaceta 106 de 4 de junio de 1996. Consultado el 15 de septiembre de 2012. Disponible en [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=220086#LinkTarget\\_1453](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=220086#LinkTarget_1453)

que el Ministerio Público y los Tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación. Pero además de ello trae igualmente implícito en la referida norma la Oficialidad y estatalidad del proceso penal y de la prueba, pues es allí donde se hace referencia directa y expresa tanto al Ministerio Público como a los Tribunales, como destinatarios de tal regulación legal<sup>37</sup>.

Según criterio de ese legislador la anterior postura en nada atenta contra el principio de objetividad ni el de imparcialidad pues cada parte, independientemente del rol asignado por ley, debe respetar los derechos y garantías constitucionales, así como las reglas procesales de la incorporación de la prueba, enfocadas única y exclusivamente a la búsqueda de la verdad real<sup>38</sup>.

Esa facultad que se le otorga al Juez de ordenar prueba de oficio según lo establece el art. 320, art. 335 del C.P.P., deben ser ejercidas con suma prudencia, debiendo mantener en todo caso ese deber de imparcialidad que le corresponde al tribunal.

**3.1.3 Aplicación de la prueba oficiosa en Chile.** Tradicionalmente, el enfoque del estatuto procesal está signado por un formato de enjuiciamiento que, ideológicamente, se circunscribe dentro del autoritarismo procesal, sobre el cual se estructura el modelo mixto o, denominado por algunos, sistema neo - inquisitivo, en el que el papel del juez resulta ciertamente preponderante, habida cuenta de los poderes otorgados a los jueces, en especial las facultades que tienen en materia probatoria.

---

<sup>37</sup> Código Procesal Penal de Costa Rica, Departamento de Servicios Parlamentarios, Unidad de Actualización Normativa, Fundación Institucional y de Justicia. República de Costa Rica

<sup>38</sup> DALL'ANESE, Francisco. Falta de fundamentación de la sentencia y violación de las reglas de la sana crítica. En: Revista de Ciencias Penales(Diciembre, 1992).

Con el transcurrir del tiempo, fue surgiendo la postura ideológica garantista que abogaría por la implementación de un sistema procesal netamente dispositivo, que se presenta de manera congruente con el mandato constitucional del debido proceso, en materia penal, cimentado sobre la base de que el formato neo – inquisitivo hizo crisis, respecto de las pruebas de oficio por cuanto quiebra la igualdad de las partes, toda vez que el juez desciende del estrado a desempeñar un papel propio de las partes, ajeno por completo a su función de administrar justicia con imparcialidad<sup>39</sup>.

Para esta corriente procesal resultan infructuosos los esfuerzos que se hacen en insistir en un modelo agotado; y ven el advenimiento de la doctrina garantista, como realidad palpable en los nuevos estatutos procesales penales de Iberoamérica, con la adopción del sistema acusatorio en general y la prohibición para que el juez practique pruebas de oficio, en particular; y que se comienza a desandar el camino del autoritarismo procesal.

En contraposición surge una corriente que replica, que la iniciativa probatoria del juez no riñe con la libertad que tienen las partes de ofrecer medios de convicción, acerca de los hechos que interesan al proceso, la cual se mantiene incólume; sólo que el juez cumple con un deber impuesto por el legislador. En esa dirección, son los litigantes los que están mejor preparados para hacer defendibles los intereses en juego, pero el privar al juez de la facultad de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, fácilmente podría llevarlo a dictar una sentencia injusta. Por ello, no es que haya desdén por el *onus probandi* en cuya virtud correspondería probar a las partes, sino que, permitiendo que el juez utilice su poder deber de la prueba oficiosa busque esa verdad, que por alguna razón no aparece, sobre todo cuando la negligencia o la inactividad de la defensa letrada del justiciable enerva la posibilidad de que el juzgador crea la convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes.

---

<sup>39</sup> Artículo publicado en: JUSTICIA número 4- noviembre de 2.005 Universidad Santo Tomás Bucaramanga, p. 86 a 93

No cabe duda de que el juez debe ser imparcial en su decisión. Pero el decreto de pruebas de oficio en nada mancilla esa imparcialidad, porque no sabe al momento del decreto de la prueba a cuál de las partes beneficiará o perjudicará su resultado; el fundamento de esta iniciativa probatoria es la búsqueda de la verdad, en la que están interesadas delantadamente las partes, la sociedad y el Estado.

Los autores chilenos consideran que cuando el Juez tiene la potestad de decretar pruebas de oficio de alguna manera se está vulnerando el principio de presunción de inocencia que es un derecho subjetivo y público, pues con su intromisión para la aplicación de las pruebas por él decretadas influye la decisión que casi siempre es en sentido condenatorio, por cuanto ese decreto oficioso busca demostrar la responsabilidad del acusado<sup>40</sup>.

En el Código de Procedimiento Penal Chileno artículo 336<sup>41</sup> se prevé la posibilidad de que se ordene la recepción de pruebas que no se hubieren ofrecido oportunamente, siempre y cuando se justifique no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento de manera que el Tribunal pueda autorizar la controversia de esa prueba siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

De conformidad con la norma referida se concluye que en Chile al igual que en Colombia y Perú existe la posibilidad excepcional de decreto oficioso de pruebas solo que en el específico caso de Chile, ese decreto procede siempre que la prueba no haya sido solicitada oportunamente y no se haya sabido de ella antes de su existencia, lo que implica que en Colombia el decreto de prueba lo es excepcionalmente por razones de constitucionalidad, en Perú por razones de necesidad y en Chile por razones de oportunidad y novedad<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. La presunción de inocencia. 2ª Ed. México: Editorial Porrúa, 2006, p. 23

<sup>41</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE. Ministerio de Justicia. Publicado el 12 de octubre de 2000, Santiago de Chile.

<sup>42</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL. Edición Oficial. 4ª Ed. Editorial Jurídica de Chile, 17 de enero de 2006.

**3.1.4 Aplicación de la prueba oficiosa en Estados Unidos.** La llegada de los ingleses a territorio norteamericano, significó la incorporación de la tradición jurídica de aquellos en las nuevas tierras y en consecuencia de ello la adopción del ordenamiento penal y procesal penal; como consecuencia, la persecución privada fue la regla heredada del sistema inglés, y el rol que ocupó la víctima como principal protagonista<sup>43</sup>.

Cuando comienza a desarrollarse el sistema que caracteriza hoy a la justicia penal de los Estados Unidos, en el periodo colonial el delito era considerado una ofensa que afectaba a la víctima y no a la sociedad, lo que generó que la persecución penal no fuera una obligación imperativa para los organismos públicos, sino una responsabilidad asumida por los particulares<sup>44</sup>.

Cabe destacar, que la estructura policial o fiscal, que en la actualidad se desempeña en los Estados Unidos, no existía para entonces, y aquellos que fueran perjudicados por la comisión de un delito actuaban en el rol de policías y de acusadores, y tanto la captura que emprendieran como la iniciación de la persecución penal, lo era a título personal y directo con las correspondientes costas que ello pudiera acarrearles.

A este sistema de persecución privada, sin embargo, en un momento se hicieron intentos por darle un carácter público y en este sentido, en algunas ciudades se procuró establecer un régimen de vigilancia nocturna que estuvo a cargo de los llamados "sheriffs", con el fin de que asistieran a las víctimas, siendo la misma comunidad la que los contrataba, intentos que siguieron fracasando y por ende, la actividad persecutoria privada se consolidó aún más.

---

<sup>43</sup> ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Op. cit.

<sup>44</sup> AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL. Técnicas del Juicio Oral: Lecturas Complementarias. Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal USAID.

Hoy el procedimiento penal tiene en lo esencial las características propias de un sistema acusatorio conformado por 1) una fase investigativa, la que a su vez está comprendida por a) un reporte del crimen, b) una investigación anterior al arresto, c) investigaciones reactivas y d) preactivas, e) el arresto, f) reseña g) investigación posterior al arresto, 2) fase de decisión de imputar, 3) presentación de la denuncia, 4) audiencia gerstein, 5) primera comparecencia ante magistrado, 6) acusación, 7) presentación y acusación ante la corte, 8) lectura de la acusación, 9) mociones anteriores al juicio, 10) selección del jurado, 11) juicio y teoría del caso y 12) sentencia.

Los Fiscales federales son funcionarios del poder ejecutivo que dependen directamente del Fiscal General quien fija las pausas básicas para orientar la persecución de los delitos y responde políticamente por las actuaciones de sus funcionarios consolidándose así una estructura jerárquica y rígida.

El Código de Procedimiento Penal de los Estados Unidos prevé la acusación formal por el llamado Gran Jurado que se encuentra integrado por un grupo de ciudadanos ante quienes el Fiscal presenta evidencias en audiencia reservada y si dicho jurado considera que se esta frente a una causa probable emite entonces la acusación y el Juez por su parte emitirá la correspondiente orden de arresto, trámite en el cual ni siquiera es de importancia que el Juez encuentre causa probable, sino que basta con el criterio de ese gran jurado.

Posterior a esta audiencia se realiza una preliminar ante el juzgador en la que el Fiscal someterá a su consideración los cargos que considera necesarios para llevar al presunto responsable a juicio y será el Juez quien determinará si existe o no causa probable para ello.

En lo que respecta a la prueba la defensa tiene derecho a requerir al Fiscal a fin de que descubra los elementos materiales de prueba y así se garantice el principio de igualdad de armas y el Fiscal entra a agotar las posibles

negociaciones con el inculcado y poner en conocimiento del Juez la materialización de los mismos y a descubrir igualmente la totalidad de las pruebas<sup>45</sup>.

La etapa procesal del juicio oral y público es donde el Fiscal y defensa presentan el caso y sus respectivas alegaciones, se practican las pruebas por los sujetos procesales y es el Juez quien preside el debate y realiza el pronunciamiento inmediato del fallo y donde existe jurado, será este quien emitirá el fallo respectivo.

Por ello, en tratándose de un proceso adversarial donde intervienen dos partes procesales de quienes se reputa, se encuentran en igualdad de condiciones, en materia probatoria la iniciativa de la prueba queda en manos de ellos Fiscalía-Defensa.

Sin embargo, al juez, se le ha brindado la potestad de decretar pruebas de oficio, solo en eventos manifiestamente necesarios<sup>46</sup>.

Como corolario de lo anterior se deduce que, aunque de manera muy excepcional, en estados unidos también se permite la aplicación de la prueba de oficio personalmente en los casos manifiestamente necesarios, de donde se desprende que ese requisito para la práctica de pruebas de oficio hace que Estados Unidos sea el país en donde menor aplicación o acogida tiene la aplicación del decreto oficioso de pruebas, nótese que el hecho de que se hable de “manifiestamente necesarios” implica de por sí, que el Juez para proceder a dar aplicación de pruebas de oficio tiene que encontrar que las partes hayan dejado algún aspecto sin dilucidar por lo cual esa aplicación se hace muy difícil si se tiene en cuenta que en Estados Unidos es requisito indispensable que el Fiscal

---

<sup>45</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE ESTADOS UNIDOS REGLA 16

<sup>46</sup> BOVINO, Alberto. Ingeniería de la verdad. Procedimiento Penal Comparado. Editorial Universidad Santiago de Chile, 1995.



del Estado despliegue toda la actividad que tenga a su disposición para acusar y lograr la condena del acusado y así mismo es también un requisito indispensable que la defensa se ejerza de manera técnica y material y si la defensa hace alarde de todos los elementos materiales de prueba y evidencia física que tiene a su alcance para probar la inocencia de su prohijado mal pueden quedar aspectos oscuros para que se haga manifiesta la necesidad de decretar pruebas de oficio.

**3.1.5 Aplicación de la prueba oficiosa en España.** El sistema acusatorio español se inicia con el denominado escrito de calificación provisional, que se constituye en el acto procesal mediante el cual se materializa la acusación y allí se plasman los hechos materia de enjuiciamiento y la solicitud de imposición de una pena.

En el juicio oral se practican las pruebas pertinentes y necesarias que serán las valoradas por el órgano judicial de acuerdo con lo expuesto en el art 741LECRIM y las reglas de la sana crítica y el sano juicio.

Dentro de la fase de juicio oral, en donde ha de transcurrir toda la actividad probatoria, se pueden igualmente distinguir siete subfases, 1) la conformidad, que se refiere a) al plazo conferido a la defensa para presentar su calificación provisional en estricto apego al principio de igualdad de armas y b) a las sesiones, que es el inicio de las preguntas que formula el presidente a los procesados respecto de su responsabilidad o no; 2) actos previos al juicio, entendidos como los actos preparatorios cuya finalidad es la de lograr la concentración de la admisión y práctica anticipada de las pruebas, recusación de peritos, citación de testigos; 3) Las sesiones del juicio, que comprende a) la ejecución de la prueba en lo referente al pronunciamiento que hace el juez acerca de la publicidad o secreto de los debates; b) la exhibición o práctica de las pruebas; c) y una tercera que es la de interés para este trabajo que es la facultad que tiene el tribunal o juez de decretar de oficio la práctica de todo medio de prueba que sea pertinente

así como ordenar la diligencia de careo, a formular incluso preguntas a los testigos, para un mejor descubrimiento de esa verdad material, e incluso solicitar explicación acerca de una posible contradicción que se presente entre las declaraciones rendidas en la etapa de investigación con la rendida dentro del juicio oral.

Cumplida la actividad probatoria viene la 4) subfase que son las conclusiones que tienen como fin fijar las pretensiones, posteriormente las subfases, 5,6,7 se refieren al informe, que hace oralmente cada uno de los intervinientes en su orden según lo establecido en el art, 734-1, 735 y 737, la subfase de la última palabra que expresa el juez anunciando el sentido del fallo y la correspondiente sentencia escrita que debe ser publicada en los términos del art. 203 del C.P.P. español<sup>47</sup>.

En ese país ha venido generando gran inquietud e interés la cuestión relativa a la excepcional iniciativa probatoria del Juez en el juicio oral, de acuerdo con lo previsto en ese sentido, en el artículo 729-2 de la LECrim<sup>48</sup>, por cuanto no cabe duda de que dicha iniciativa en algún momento podría suponer o tomar los visos de una actividad inquisitiva en cubierta y porque no, vulneradora de los principios de imparcialidad del juzgador y del principio acusatorio.

Tal situación no podía pasar por desapercibida y ha venido siendo objeto de discusión y de estudio en el Tribunal Constitucional español y específicamente en la Sentencia 188 del 2000 donde el recurrente básicamente planteó 1.-) la violación del principio de imparcialidad por parte del Juez quien en su momento adoptó de oficio suspender el juicio y citar a un testigo que no fue propuesto ni pedido por ninguno de los sujetos procesales.

---

<sup>47</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y Otros. La oralidad en el proceso penal. 1ª Ed. Editorial Jurídica de Colombia Ltda., 2004.

<sup>48</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, Art. 729.2, 741, 386.

Dicha petición fue despachada de manera desfavorable por el Tribunal quien luego de hacer un análisis concienzudo señaló que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha sostenido que un juicio debe estar seguido de la protección de las garantías constitucionales y específicamente la relacionada con la garantía de la imparcialidad del juzgador, la que en el ámbito del proceso penal se presenta indiscutiblemente ligada a la preservación del principio acusatorio por cuanto con ello se asegura además 2.-) el respecto a la igualdad, considerando así que en el caso específico la iniciativa probatoria de oficio y esa garantía de la imparcialidad objetiva exige de alguna manera, que el juez con su iniciativa de decretar pruebas no desvíe su actuar a una actividad inquisitiva, por lo que no le está vedada su actividad procesal de impulso probatorio excepcional encaminada básicamente a comprobar la certeza de elementos de hecho que finalmente le permitan llegar a formarse con las debidas garantías el criterio preciso para dictar la sentencia en ese ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia, concluyendo así el Tribunal que esa iniciativa probatoria no vulnera derecho fundamental alguno.

Dicho criterio igualmente se mantuvo en las Sentencias del Tribunal constitucional español Nos. 60/1995, 41/1998, 162/1999, 52/2001, en las que al unísono se ha sostenido la viabilidad del decreto de pruebas por parte del Juez de manera excepcional y sin que tal actuación invada o afecte el principio de imparcialidad ni garantía constitucional alguna, lo anterior en razón a que el ejercicio de funciones judiciales no está limitado únicamente a juzgar y desde el punto de vista de la interpretación sistemática de la norma española habrá de observarse que la finalidad de la misma es la de garantizar la imparcialidad y la objetividad de toda persona que ha de decidir, en el caso concreto, el Juez que debe ser independiente.

De lo anterior concluimos que en el proceso penal español se aplica al igual que en Colombia un proceso acusatorio con respeto a las garantías constitucionales y al principio de imparcialidad, lo que no es óbice para que igualmente se permita al

juzgador el decreto oficioso de pruebas, siendo esto una clara postura del modelo de enjuiciamiento penal contenido en el Estatuto de Roma para la Corte Penal internacional la que se ha venido constituyendo en el estándar internacional que no solo ha venido siguiendo nuestro país sino los otros que han sido objeto de análisis comparativo en este trabajo.

**3.1.6 Aplicación de la prueba oficiosa en Francia.** Cronológicamente el procedimiento penal francés se halla dividido en tres fases: en primer lugar, la pesquisa o investigación sumarial y la persecución (sumario de prevención), luego eventualmente la instrucción y finalmente el enjuiciamiento.

El objeto de la primera fase es la indagación y búsqueda de elementos que puedan servir como base a una persecución penal. Es de carácter secreto y no contradictorio. Sus principales actores son la policía judicial y los representantes del ministerio público. Es posible distinguir, en esta etapa, dos tipos de investigación: la investigación preliminar y la investigación de flagrancia, entendida esta última cuando la conducta está siendo cometida o acaba de cometerse, o cuando en un tiempo muy cercano a la acción, la persona sospechosa es perseguida por el clamor público, o es encontrada en posesión de objetos, o presente rastros o indicios que puedan hacer pensar que ha participado en el crimen o en el delito.

La segunda fase es la instrucción cuyo objeto principal es recoger las pruebas de la comisión de una infracción, descubrir a su autor si éste es desconocido, o verificar si se encuentra fundada la acusación que pesa sobre una persona determinada.

En el Código de Procedimiento Penal Francés que data de 1958 y que ha tenido bastantes variaciones se ha considerado que en los juicios ante el Tribunal correccional éste en materia de pruebas puede ordenar la pericial que estime

necesaria o una ampliación de información cuando las pruebas se muestren insuficientes. Artículos 434 y 463 del C.P.P. Francés<sup>49</sup>.

Lo anterior significa que en materia de aplicación de la prueba oficiosa se le da al Juez o Magistrado la facultad de ordenar pruebas de oficio a fin de buscar la verdad material dentro del desarrollo del juicio oral, significando ello que no existe prohibición para que el Juez acuda, según su propio sentido a la búsqueda de la verdad para fines de decisión.

Es por ello que en Francia y siendo el principal objetivo el descubrir la verdad de los hechos, está dentro de las facultades del Juez no solo decretar las pruebas de manera oficiosa sino además el de reunir la cantidad de información suficiente para la realización de un juicio.

De lo anteriormente estudiado se colige que en Francia la facultad que se le otorga al Juzgador para el decreto oficioso de pruebas es, no solamente amplia sino que rebasa sus posibilidades al punto de permitir que el Juzgador realice también labores de investigación encaminadas a obtener la verdad de los hechos recaudando la información suficiente para ello y que resulten de utilidad para proferir sentencia, siendo ello así, se puede afirmar que el sistema francés tiene mas rasgos inquisitivos que de tendencia acusatoria.

### **3.2 APLICACIÓN DE LA PRUEBA OFICIOSA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y DERECHO PENAL HUMANITARIO**

Los tratados y Convenios internacionales que han venido siendo ratificados por un gran número de países a nivel mundial, reconocen los derechos humanos y son de prevalencia generalmente en el orden interno, así ocurre en Colombia, Chile,

---

<sup>49</sup> PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El Juez Penal Juicio Oral y Pruebas de Oficio. 1ª Ed. Bogotá: Departamento de Derecho Penal y Criminología Externado de Colombia, 2006.

Perú, España, entre otros, y por ello las normas de dichos países siempre se interpretarán de conformidad con los tratados, en Colombia a partir de la Constitución de 1991 se le dio prelación a la aplicación de los tratados internacionales ratificados por Colombia, al punto de que hacen parte de nuestra normatividad constitucional que se ha denominado Bloque de constitucionalidad.

La Convención Americana de San José de Costa Rica, creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ésta emitió su Reglamento vigente del 01 de Julio de 2001 en donde en su artículo 44 habla sobre las Diligencias probatorias de Oficio.

En el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (Artículo 272), fluyen postulados de la prueba de oficio, en Italia (Artículo 507 del Código de Procedimiento Penal), en Alemania (Artículo 244 ordinal 2do del Código de Procedimiento Penal), lo mismo sucede con Francia, Paraguay, Venezuela y Perú.

También el Tratado de Roma, vigente en Suramérica desde el 1 de Julio del 2002, conocido como Estatuto de la Corte Penal Internacional, prevé la orden y práctica de pruebas de Oficio durante el juicio.

Respecto al derecho a ser juzgado por un Juez imparcial que es un elemento del debido proceso, tal garantía se encuentra consagrada en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el artículo 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

A su vez la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>50</sup> se refiere a la imparcialidad judicial desde una doble perspectiva, la subjetiva que

---

<sup>50</sup> CORTE EUROPEA DE DD.HH. Sentencia del 1 de octubre de 1982. Caso Piersack v. Bélgica, pár 30.

consiste en averiguar si el Juez tiene algún compromiso mental o personal con anterioridad al juzgamiento y la objetiva, cuando no concurren circunstancias que lo lleven a perder la neutralidad, pues el Juez no debe ser imparcial solamente sino presentarse como tal.

Así mismo obra como sustento Normativo Internacional que respalda la oficiosidad de la prueba la consagrada en el Tratado de Roma, vigente, conocido como Estatuto de la Corte Penal Internacional, el que también prevé la orden y práctica de pruebas de Oficio durante el juicio, por las Salas de la Corte, tanto en primera como en segunda instancia, así fluye del artículo VI del Estatuto, a partir del artículo 62; y finalmente, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca), que si bien no conforman un tratado, que no son imperativas, que no obligan, pero que sí son una guía importante y recomendación atendible, no prohíben la práctica de pruebas de oficio dispuestas por el juez en el juicio oral; también se admite en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica<sup>51</sup> .

Nuestro Estado Colombiano puede y en efecto lo hace, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas por ello de acuerdo al artículo 3 del C.P.P., se dispone la prevalencia de lo establecido en los tratados y convenios internacionales específicamente aquellos que traten sobre derechos humanos, bajo ese entendido nuestro sistema aprobó y ratificó, entre otros la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, convención que creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ésta a su vez gestó su reglamento en el año 2000 que contempla, entre otras disposiciones, la contenida en el artículo 44 que refiere las diligencias probatorias de oficio en los siguientes términos: “...en cualquier estado de la causa la Corte

---

<sup>51</sup> HURTADO POMA, Juan R. Ensayos jurídicos contemporáneos. Tomo I. Perú, 1980.

podrá: 1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil...”, Colombia entonces adopta íntegramente el –tratado de Roma conocido como Estatuto de la –corte Penal Internacional que también prevé, como se ha venido señalando, la orden y práctica de oficio de pruebas durante el juicio.

En lo que tiene que ver con la Corte Penal de Justicia se destaca el rechazo del sistema de pruebas legales que impone al Juez una conducta restrictiva sobre todo en la prohibición de determinadas pruebas, según la corte el juez debe gozar de libertad no solo para la apreciación de la prueba sino para su recaudo a fin de que elabore su convicción sin estar limitado por reglas rígidas. La corte estima que su papel en materia procesal no debe ser pasivo, que debe tomar la iniciativa para efectos de traer al proceso las pruebas que considere pertinentes, si observa que las que existen en el proceso no son suficientes para cumplir su finalidad.

En el Estatuto de la corte artículo 48, se señala que se dictarán las providencias necesarias para el curso del proceso y decidirá de acuerdo con las pruebas allegadas; en su artículo 49 dispone “aun antes de empezar una vista, puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho”.

Para la Corte Internacional de Justicia las leyes internas son solamente hechos que expresan la voluntad de los estados, el derecho interno o nacional es un hecho que debe ser probado por quien lo alegue y en consecuencia la carga de la prueba en este ámbito internacional debe ser enfocada de manera diferente, es decir que les corresponde por igual tanto al demandante como al demandado, en los procesos internacionales, las partes tienen la facultad de suministrar las pruebas ya sean de hecho o de derecho y ello tiene su fundamento en el principio de Cooperación entre las partes y la Corte, pero lo anterior no es óbice para que la Corte disponga diligencias probatorias de oficio y específicamente aquella que considere útil, podrá igualmente oír en calidad de testigo perito o por cualquier



otro título a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime conveniente, requerir igualmente de las partes el suministro de alguna prueba que este a su alcance o alguna explicación o declaración, que a su juicio, considere que puede ser útil, tales facultades le son otorgadas básica y fundamentalmente por tener como su función primordial la de proteger los derechos humanos.

## CAPITULO IV

### LOS HECHOS EN EL PROCESO PENAL

*Es peor cometer una injusticia que padecerla,  
porque quien la comete se convierte en injusto y quien la padece no.*  
“Sócrates”

La regla de que solo los hechos son objetos de prueba tiene una serie de excepciones: La primera excepción consiste en que sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba. Esta conclusión se apoya en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre el que se litiga - Pertinencia y admisibilidad<sup>52</sup>, y las que no le pertenezcan serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia<sup>53</sup>. Y los asuntos sobre que se litigan son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes.

Cabe ciertamente distinguir entre los juicios de hecho, de los de puro derecho. Los primeros dan lugar a la prueba; los segundos no, pues, son las realidades las que, en general, pueden ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico, del que se deriva una consecuencia también jurídica.

Surge entonces, la expresión fuente de prueba que se refiere a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso: en tanto, que los medios de

---

<sup>52</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Op. cit., Art. 357, párrafo 2º; 375 y 376.

<sup>53</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 28432. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemus.

“...El deber de motivar las providencias corresponde al funcionario que las profiere, pero también compete a las autoridades judiciales que intervengan directamente en el trámite verificar que, en efecto, la motivación, como condición de legitimidad y validez de tales decisiones se encuentre satisfecha, pues de lo contrario, se impone adoptar los correctivos pertinentes...”.

prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existen independientemente de él, el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material: el medio, lo adjetivo y formal.

#### 4.1 GRADOS DEL CONOCIMIENTO

Los tratadistas de pruebas, en materia criminal, presentan importantes estudios sobre los grados del conocimiento, ya que cada uno de éstos constituye fundamento para tomar -según la exigencia cognoscitiva que impone la ley- las diversas decisiones procesales. Pietro Ellero, nos indica que:

...**La certeza, la probabilidad** y la duda son los únicos y verdaderos grados persuasivos del hombre, como cualquiera puede observar en sí propio. Y aún puede decirse que los términos precisos e invariables son el primero y el tercero, esto es, la certeza y la duda, porque en el primero no hay un solo elemento de duda, y en el tercero ni uno de certeza; en cambio, el segundo es un término indeciso y variable, pudiendo haber en él una probabilidad indefinidamente mayor o menor y no sujeta a medida...A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge...<sup>54</sup>.

Framarino Dei Malatesta, explica los estados de la mente con relación a la verdad diciendo que son la ignorancia, la credibilidad, la probabilidad, la certeza y la convicción. La ignorancia está constituida por la ausencia de todo conocimiento sobre el hecho; en la credibilidad se presenta igualdad de motivos para el conocimiento afirmativo que para el negativo; en la probabilidad existe predominio del conocimiento afirmativo; en la certeza hay admisión del conocimiento afirmativo, aunque puede ser no verdadero lo que se estima cierto, pues, en

---

<sup>54</sup> ELLERO, Pietro. De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. 6ª. Ed. Madrid: Editorial Reus S.A., 1986, p. 18 y 36.

veces se acepta como tal un hecho falso; y la **convicción**, que es la admisión plena del conocimiento afirmativo y como exento de errores.

Esos grados de conocimiento reflejan su importancia en cada una de las decisiones que se van surtiendo en el proceso penal. Cada una de las decisiones se debe fundamentar en un determinado conocimiento acerca del hecho punible y del compromiso que vincule a los autores o partícipes. A medida que se avanza en las fases procesales, la Ley exige un mejor conocimiento para tomar las medidas que se suceden, ya que la calidad de dicho conocimiento va penetrando el **Principio de Presunción de Inocencia** hasta quebrantarlo definitivamente con la **certeza**.

#### 4.2 GRADOS DEL CONOCIMIENTO PROCESAL PENAL

El mito de la **verdad judicial**, la equiparación del juez al historiador, o viceversa, suele ser un lugar común en las obras que tratan de derecho probatorio y de metodología histórica, lo cual se justifica por el carácter retrodictivo de ambas ciencias que tiene por objeto la reproducción de un hecho o suceso transcurrido en tiempo pasado. Así, lo que los procesalistas denominan valoración del material probatorio, los historiadores llaman heurística o crítica de las fuentes, pero a despecho de su nombre lo cierto es, como decía **Mittermaier**, que los medios de convicción que sirven al historiador para examinar la verdad de los hechos pasados, son precisamente los mismos en que el juez funda la suya cuando se trata de averiguar la existencia de un crimen y sus circunstancias<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> MITTERMAIER, Tratado de la prueba en materia criminal. 9ª Ed. Madrid, 1959, trad. Esp, p. 75. En igual sentido y entre otros muchos historiadores y juristas: W. Bauer. Introducción al estudio de la historia, trad. esp., Barcelona, 1944, p. 294; DELLEPIANE. Nueva teoría general de la prueba. Buenos Aires, 1919, p. 24; CALAMANDREI. El Juez y el historiador, en Estudios, p. 107.

Tanto el derecho probatorio como la historia pertenecen al grupo de ciencias que Dellepiane denominaba *reconstructivas* y entre las que además catalogaba la geología, paleografía, gramática comparada, paleostromonia, etc., y así hasta un total de doce<sup>56</sup>. Ni que decir tiene que todas estas ciencias, como las demás pertenecientes a otras vertientes del saber humano, persiguen afanosamente el logro de la verdad y huyen del error con igual vehemencia, pero dado que la naturaleza de cada una necesariamente presenta ciertos caracteres diferenciales, el logro de la verdad puede hallarse mediatizado en forma distinta según sea la disciplina que interese<sup>57</sup>.

Así, por lo que afecta al derecho y la historia, la identidad no es en modo alguno tan absoluta, según puso de manifiesto el propio *Calamandrei*. El juicio del magistrado se apoya, como el historiador, en el conocimiento de datos concretos, pero el campo dentro del cual puede moverse para la investigación de la certeza de estos datos está delimitado por barreras terminantes que el historiador ignora. Así, mientras el historiador escoge por sí mismo el objeto de sus investigaciones, el juez debe resolver *secundum allegata*.

El Derecho probatorio requiere casi siempre reproducir un pequeño trozo de historia, situado en unas coordenadas, tiempo-especio, que hay que perfilar y determinar con mucha exactitud, de modo que los instrumentos de que se vale deben ser de mayor precisión que los que emplean los historiadores<sup>58</sup>.

Si bien lo más simple sería llegar a suponer que la prueba tiene por objeto la búsqueda de la verdad, tal afirmación no pasa de ser, si se me permite la redundancia, una verdad a medias. De ahí que entre todas las ciencias que

---

<sup>56</sup> DELLEPIANE, Op. cit. P. 27.

<sup>57</sup> MUÑOZ, Sabaté Luis. Técnica Probatoria, Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 45.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, p. 46.

acabamos de contemplar, sea el derecho la única que se permita hablar de dos tipos de verdades: una verdad material y una verdad formal, o una verdad judicial y una verdad legal, o una verdad matemática y una verdad histórica, desembocando con ello en verdaderas logomaquias<sup>59</sup>, porque a despecho de tales distinguos lo cierto es que la verdad, según dijo Carnelutti, es una celeberrima frase, es como el agua: o es pura o no es verdad.

Cualquier obra clásica de derecho que se proponga definir el concepto de prueba no puede prescindir de hacer referencia, desde el punto de vista teleológico, al concepto de verdad. Y sin embargo, nada más erróneo creer que la declaración de hechos probados contenida en una resolución judicial equivalga a una declaración dogmática sobre la verdad de los medios<sup>60</sup>.

El mito de la verdad, que partiendo de la doctrina clásica de la prueba, prevaleciendo precisamente de su hegemonía sobre los demás institutos del proceso, fue filtrándose en el mismo hasta empaparlo por completo, tal vez nos haya hecho olvidar que el fin del proceso no es desde luego la obtención de la verdad de los hechos objeto del pleito. Hoy sabemos que el fin del proceso es la realización del derecho, su declaración y aseguramiento, el mantenimiento de la paz justa, pero jamás el conocimiento de la verdad con certeza. La certeza histórica, escribe Furno, es un medio indispensable para el servicio del fin último y propio del proceso, pero la circunstancia de que sea indispensable, no debe confundir el orden de los conceptos<sup>61</sup>. El juez se asemeja al historiador, pero la historia no es su oficio ni lo será nunca, por más perfeccionamientos que se logre en los instrumentos probatorios.

---

<sup>59</sup> Esta especie de dicotomía del término verdad es más propia de la ciencia procesalista alemana que italiana, a la cual solo llegan algunas salpicaduras. (Entre los primeros, Canstein, Wach, Bu"low, Pagenstecher, etc.). Entre nosotros, Guasp la considera un equívoco y Prieto Castro la califica como de anacrónica.

<sup>60</sup> MUÑOZ, Op. cit., p. 47.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 33.

El único oficio del juez, como señalaría Chiovenda a propósito del contenido de la sentencia, es el de declarar como indiscutible la voluntad concreta de la ley; pero con ello no se declara efectivamente existentes los hechos que produjeron la concreta voluntad de la ley; los hechos son los que son y el Estado no puede pretender darlos por verdaderos<sup>62</sup>. El Juez Penal, pierde la calidad de investigador de la verdad, pues, no conoce otra prueba diferente a la que le suministran las partes.

Sobre el conocimiento procesal penal, bien precisó Framarino:

...En asuntos penales se trata siempre de la comprobación de hechos humanos; y a propósito de uno de ellos, que es el hecho criminoso, ciertamente no puede hablarse de la evidencia de verdades puramente inteligibles y por consiguiente de certeza intuitivamente axiomática, pues, no hay hecho humano que no se exteriorice materialmente, y esa materialidad no puede ser captada en sí misma sino por los sentidos...<sup>63</sup>.

...Si la materialidad del hecho punible se capta por los sentidos, entonces, se puede decir que la fuente del conocimiento procesal penal es la percepción, ya que esta es “la forma de conciencia con ayuda de la cual el individuo refleja de una manera directa los objetos y fenómenos de la realidad objetiva que actúan sobre los órganos de sus sentidos”. En todo caso, se debe tener en cuenta que la percepción, como fuente de conocimiento procesal penal, se expresa en dos subclases: La que nos presenta lo que es evidente<sup>64</sup> y la que nos indica lo que es razonable<sup>65</sup>...<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Principios..., t. I, pág. 96.

<sup>63</sup> FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Vol. I 2ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1978, p. 18.

<sup>64</sup> Surge de la observación y fijación criminalística del lugar del hecho. En ese lugar se pueden encontrar elementos tangibles, físicos, reales, demostrativos del delito, que permiten la obtención de toda una serie de irrefutables informaciones. En la mayoría de las ocasiones, esa percepción directa o evidente es confirmada por la percepción técnico-científica que realiza el perito en el laboratorio sobre el material sensible de prueba hallado en el lugar de los hechos.

<sup>65</sup> Partiendo de un conocimiento sensorial, como el que ofrece un testimonio recibido por el funcionario, se llega al conocimiento indicado por este medio de prueba a través de la reflexión, la cual acepta o niega la credibilidad de lo declarado y, por consiguiente, acepta o niega la veracidad del hecho que se indica. Es por virtud del raciocinio que en este evento se adquiere la percepción intelectual o razonable.

<sup>66</sup> MORALES MARÍN, Gustavo. Fiscalía y Proceso Penal, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 1992, p. 116.

**4.2.1 La Probabilidad como nivel suficiente de Evidencia.** A lo que objetivamente llamamos verdad, subjetivamente denominamos certeza. Sí, pues, por el lado objetivo de esa verdad, vista judicialmente, se nos presenta tales dificultades, forzoso será que desplazemos nuestra atención al campo puramente subjetivo de la prueba como única forma de hallar un nivel o medida con la cual podamos dar por lograda la evidencia judicial.

Decimos que cuando nuestra mente adhiere a un determinado acertó sin temor a equivocarse, se produce la certeza. El caso de la certeza será, pues, la situación en que se encuentra el que, fundándose en una evidencia subjetiva, presta su asentimiento a una verdad, sin vacilación de clase alguna. Pero así como la verdad, objetivamente considerada, no tiene grados, la prestación subjetiva de ese asentimiento, es decir, la atribución o aplicación del conocimiento a la cosa conocida, puede hacerse con mayor o menor fuerza o intensidad. En tales supuestos hablaremos de una certeza física y una certeza moral, o de una certeza matemática y una certeza histórica, o de una certeza absoluta y una certeza empírica.

La diferenciación entre estas dos formas de certeza, dice Furno, es fácilmente advertible en lo que solemos llamar convicción. La convicción es la medida psicológica de la certeza, que tiene importancia mínima en la certeza matemática pero máxima en la certeza histórica. El conocimiento se consolida en certeza histórica al amparo de la convicción. No tenemos pura certeza sino en la certeza matemática; históricamente no tenemos otra posibilidad que la de estar convencidos respecto a una circunstancia de hecho, que deviene para nosotros cierta en su existencia y en su modo de ser<sup>67</sup>. Es decir, no hace falta convencernos de que sí arrojamos una piedra desde un balcón, la piedra caerá a la calle, pues, todos tenemos de los efectos de la gravitación una idea tan definida que no podría darse aquí mayor grado de certeza. En cambio, si nos dicen que

---

<sup>67</sup> Ibid., p. 18.



quien arrojó la piedra fue Ticio o Sempronio, la más de las veces precisaremos que nos lo prueben, o sea: tendrán que convencernos.

Sabemos que la prueba judicial tiende a formar la convicción del juzgador acerca de la exactitud de una de las afirmaciones controvertidas. Pero por lo mismo que en el ámbito del proceso no cabe hablar de una verdad absoluta, la certeza judicial no pasara de ser generalmente una certeza moral o histórica, que los autores alemanes llaman también verosimilitud (*wahrscheinlichkeit*) y algunos tratadistas latinos denominan certidumbre.

La certeza que el proceso exige, no es una certeza matemática, escribió Plank en el siglo pasado<sup>68</sup>, colocándose con ello en la misma línea de Gény cuando afirmaba que en derecho, lejos de pretender una rigurosidad matemática, nosotros aspiramos más que a realizaciones aproximativas. Modernamente ha sido también Calamandrei quien no ha dudado en repetir que la sentencia final no puede ser más que un juicio de verosimilitud que no excluye nunca en forma absoluta el error judicial<sup>69</sup>.

Como ya decía Mittermaier, debe reconocerse que la certeza, con la cual debe forzosamente contarse, no se exime del vicio de la humana imperfección y que siempre puede ser supponible lo contrario de lo que admitimos como verdadero<sup>70</sup>. Su anotador, en la edición española, Quintano Ripollés, añade: “El juzgador que ambiciosamente pretendiese en cada caso una verdad de tales dimensiones (absoluta) rara vez o nunca podría juzgar, pues aun en el termino de certidumbre

---

<sup>68</sup> LEHRBUCH d. dts. Civilprozessrechts, t. II, Munchen, 1896, p. 164. En igual sentido Sauer (Allgemeine Prozessrechtslehre, Heymanns v. 1951, p. 106) para quien el juicio de verdad, psicológica y sociológicamente, se reduce en último análisis a un juicio de verosimilitud. Arguye que todas las pruebas, si bien se mira, no son más que pruebas de verosimilitud; y lo mismo Wendt (“Beweis und Beweismittel”, en Archiv fur die civilistische Praxis, vol. 63 (1880) págs. 256-257) o Rocco, quien escribe que la evidencia probatoria es siempre subjetiva y por tanto relativa (Trattato, t. II, p. 182).

<sup>69</sup> “Verdad y verosimilitud en el proceso”, trad. Esp., en Estudio sobre el proceso civil, t. I, Buenos Aires, 1962, pág. 351.....y

<sup>70</sup> MITTERMAIER, Op. cit., p. 88 y 90

que generalmente se usa queda sobre entendido un margen de mayor evidencia, están sujetos a error. Cuanto más, naturalmente cuestiones más allá de lo factico e histórico, como las de imputabilidad, ánimo y móvil, en las que el juez de lo criminal se ve frecuentemente compelido a escudriñar<sup>71</sup>.

La probabilidad, sin embargo, parece tener en el campo del derecho probatorio un sabor mítico negativo. Lo que al geólogo, al médico o al físico les resulta absolutamente normal y derivado de la contingencia en que se mueve la mente humana, al juzgador, acostumbrado tal vez como humanista *al vuelo alto y a los atractivos rutilantes del libre pensar*<sup>72</sup> tamaña contingencia le horroriza hasta tal punto, que nuestro López Moreno no pudo por menos que exclamar: “Estamos seguros de que más sentencias injustas han dictado en el mundo la prevención y la sospecha que no la prevaricación y el cohecho”<sup>73</sup>. Se trata, en realidad, de un mal que los historiadores llaman hipercrítica y que lleva, tanto como la más burda ignorancia, a fatales errores<sup>74</sup>.

**4.2.2 El Método Inferencial (Presunciones).** La reproducción del hecho histórico empieza a tener lugar cuando una vez situado el instrumento probatorio probatico en presencia del juez, emana de dicho instrumento algún excitante que estimula la sensación de aquel. Corrientemente estos estímulos son de carácter visual o auditivo (el juez ve los signos convencionales gravados sobre el papel, escucha los sonidos asimismo convencionales emitidos por el testigo), pero ello no excluyen que puedan intervenir igualmente otras sensaciones, como por ejemplo las táctiles cuando se trata de comprobar la existencia de alguna raspadura en un documento. Sin embargo, donde abunda mayor variedad de sensaciones es en la aprehensión de los instrumentos que hemos venido en denominar piezas.

---

<sup>71</sup> MUÑOZ SABATÉ, Op. cit., p. 52.

<sup>72</sup> SÁNCHEZ DEL RIO. El derecho del porvenir. Madrid, 1964.

<sup>73</sup> La prueba de indicios, Madrid, 1891, p. 74.

<sup>74</sup> Vid. Langlois y Seignobos, ob. cit. p. 141.

Ahora bien, la sensación no es más que una recepción física o química del estímulo, en tanto que la actividad psíquica del juzgador va simultáneamente mucho más lejos pues incluye el conocimiento de la existencia del objeto, es decir, el juez tiene plena consciencia de lo que son y expresan el documento o el testigo. He aquí el fenómeno de *la percepción* visto como una combinación de sensaciones de forma organizada, estructural, sujeta a las leyes de la atención y cuya parte más diferenciada depende de un amplio grado de experiencia.

Sucede, sin embargo, que tampoco la percepción de los datos desprendidos por los instrumentos de prueba es de por sí suficiente para reproducir el hecho histórico, sí a ella no se acompaña un juicio de valoración que requiere una actividad intelectual de rango superior. Y es que la percepción por sí sola -dado que pudiéramos aislarla hasta conseguirla en un estado químicamente puro- no permite al juez ninguna labor historificadora. El instrumento probatorio solo contiene una estampación, una huella, o como diría el mismo Carneluti, solo proporciona al juzgador un *argumento de verificación*. Debe entonces el juez proceder a una operación mental (raciocinio) que se concluye con la afirmación (juicio) de la existencia o inexistencia de un hecho. El juez se sitúa ante la prueba con una actitud que no es meramente perceptiva sino crítica.

Por ello la demostración, según Husserl va siempre acompañada de la intelección.

En casi todos los actos de nuestras facultades perceptivas -escribe **Stuart Mill**-, la inferencia se encuentra íntimamente mezclada con la observación. Eso que se llama vulgarmente observación no es de ordinario más que un resultado compuesto en el cual esta operación no entra más que en una décima parte, y las nueve restantes provienen de inferencias<sup>75</sup>. Percepción y juicio, o si se quiere, con palabras más jurídicas, asunción y valoración, representan pues, las dos

---

<sup>75</sup> Systeme de logique déductive et inductive, t. II, trad. Al francés, Paris, 1889, p. 183.

actividades síquicas de mayor raigambre y mayor conexión de entre todas las que realiza el juez en la prueba. Metafóricamente bien podría afirmarse que la inferencia sigue a la observación como el trueno al relámpago.

Como bien arguye Bonnier, toda prueba consiste en pasar de un hecho conocido a otro desconocido<sup>76</sup>. En la prueba testifical<sup>77</sup>, por ejemplo, la declaración que hace el testigo sobre el hecho histórico, no es propiamente este hecho sino una reproducción del mismo, que hemos de interpretar y traducir haciendo una profunda crítica del mismo<sup>78</sup>.

Ha sido un merito indiscutible de Stein haber aportado al campo del derecho el concepto extrajurídico y extraprocesal de la *máxima de experiencia* (Erfahrungssatz)<sup>79</sup>, que luego Fitting propuso sustituir, aunque sin demasiado éxito, por el de *regla de vida* (Lebensregel)<sup>80</sup>. Para Stein, las *máximas de experiencia* son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes de caso concreto a decidir en el proceso y de sus circunstancias singulares, adquiridas mediante la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación se infieren y fuera de los cuales presentan valor para otros casos<sup>81</sup>. La regla se obtiene, pues, mediante la inducción, es decir, “mediante la conclusión extraída de una serie de percepciones singulares”. En estas percepciones no son posibles errores porque constituyen el resultado de

---

<sup>76</sup> Merlin (Répertoire univ. et rais. De jurispr., 4a. ed., t. IX, voz preuve, pág. 704) define la prueba como consecuencia legítima que resulta de un hecho cuya certeza lleva a la conclusión de que otro hecho, cuya verdad se ignoraba, es o no verdadero. En toda clase de pruebas –aduce **D’Onofrio**– el juez opera siempre deduciendo de un hecho probado el hecho a probar.

<sup>77</sup> ETTORE, Dosi. La prueba testimonial. Bogotá: Editorial Temis, 1986.

<sup>78</sup> Aspecto que es tratado de manera magistral por el Doctor en Derecho GORPHE, Francois. La crítica del testimonio. Madrid, 1962; Instituto Editorial Reus, trad. esp. De la segunda edición francesa, de Mariano Ruiz-Funes catedrático de derecho penal en la Universidad de Murcia, Profesor del Instituto de Estudios Penales.

<sup>79</sup> STEIN. Das private wissen des Richter. Leipzig, 1893.

<sup>80</sup> FITTING. “Die Grundlagen der Beweislast”, en revista Zeitschrifts für des destsches Civilprozess. Tomo I, 1889, p. 13.

<sup>81</sup> STEIN, Op. cit., p. 21 y ss.

Pese a esta validez general que presupone por ende una gran variedad, el autor empieza ya advirtiéndonos de la inutilidad de intentar su clasificación

una larga crítica colectiva, y por lo mismo no pueden venir perjudicadas por la parcialidad subjetiva<sup>82</sup>, aunque naturalmente no debemos olvidar que en definitiva se trata de criterios empíricos en los cuales siempre es posible la excepción.

Aunque no consistan en una norma abstracta aplicable, sin más, al caso concreto, las *máximas de experiencia* contribuyen de un modo eficaz a la formación de la persuasión judicial en tanto en cuanto el juez se perciba que aquel supuesto correcto entra en la categoría de acontecimientos que han dado origen a la máxima aludida. Stein decía que la *máxima de experiencia* anudaba el indicio con el hecho a demostrar.

**4.2.3 La visión fenoménica (intuiciones)**<sup>83</sup>. En la averiguación de los hechos puede darse en la esfera judicial, lo mismo que ocurre en medicina una especie de *ojo clínico* que valiéndose de meras intuiciones ya entrevé la realidad de los hechos desconocido<sup>84</sup>. En la comprensión de los hechos históricos -decía **Lessing**- existe una certeza intuitiva mucho más segura que toda ciencia real<sup>85</sup>, y si en la medicina y la historia pueden darse tales situaciones, no vemos por qué el derecho deba constituir una excepción<sup>86</sup>.

Ciertamente para llegar a una intuición pura de los hechos, el juez debiera colocarse en la *litis* como un mero espectador, lo cual a su vez implicaría necesariamente la eliminación o reducción de todo prejuicio, o sea, de toda opinión personal predisuelta por razones de otra índole (políticas, económicas, familiares, artísticas, etc.). Pero ello desgraciadamente no es posible pues con razón afirma **Frank** que las últimas y más importantes influencias en la decisión

---

<sup>82</sup> STEIN, Op. cit., p. 85.

<sup>83</sup> Esta palabra es una de las más trabajadas en el lenguaje filosófico, por la indeterminación del significado.

<sup>84</sup> QUINTANO RIPOLLÉS. Anotaciones a la obra de **Mittermainer**, Op. cit., p. 90. Nos muestra que el campo de la estimativa de la prueba judicial requiere, por su diversidad, las técnicas y metodologías más variadas, sin excluir tampoco, sobre todo el juez instructor, el "ojo clínico", tan decisivo a veces en lo judicial como en el diagnóstico médico, y que desafía en su aparente simplicidad todas las metodologías.

<sup>85</sup> Lessing, citado por Berenheimer, Op. Cit., p. 37.

<sup>86</sup> MUÑOZ SABATÉ, Op. cit., p. 192.

de un tribunal son también las más oscuras y las menos fáciles de descubrir, no solo por un tercero sino incluso por el propio juez<sup>87</sup>.

El juez se enfrenta como espectador a una gran variedad de **cosas** que van discurriendo ante sus sentidos. Puede surgir, en primer lugar, la demanda de conciliación, con las manifestaciones y resultancias que se ofrecen en el acta correspondiente. Le sigue después la demanda principal y los sucesivos escritos de contestación, replica y duplica en todos los cuales abunda una gran riqueza de puntos de observación (el contenido jurídico con todo el relato factico integrado por hechos de la hipótesis y hechos secundarios o simples; la exposición y el lenguaje<sup>88</sup>, la personalidad de los litigantes y de sus abogados, la oportunidad humana de la acción, etc.). La composición de la **formula probática** y el modo de llevarla a la práctica puede resultar otro elemento interesante, y nada digamos ya de aquellos datos que brinda la asunción del testimonio de la parte o de terceros, la percepción y lectura de documentos, la elección de peritos, la inspección de lugares y toma de contacto en un plano menos formalista con las partes, sus defensores u otras personas.

Muchas oportunidades nacen también de otros actos procesales como pudiera serlo, por ejemplo, la comparecencia de las partes en la llamada audiencia preliminar, la elección de vista o instructa, el informe oral, un incidente, un recurso, la renuncia a cierto tramite, y así un cumulo de actuaciones de las cuales fluyen comportamientos y actitudes que se objetivizan en forma de realidades susceptibles de observación por el juez. La palabra intuición proviene del latín *intueor* “ver dentro”. El método intuitivo, método que nosotros preferimos denominar *fenoménico*, consiste esencialmente, según Gibson, en captar una situación viviéndola, en vez de contentarse con señalar varios rasgos de la misma

---

<sup>87</sup> Ibid., p. 176

<sup>88</sup> Es indudable, escribe **Watch** (Conferencias...pág. 239) que también la impresión personal del propio alegato de la parte, su reacción frente a las afirmaciones del adversario influyen en el proceso mental de la formación de la convicción judicial. A eso le llamamos una atmosfera procesal.

y acoplarlos después. Se parte de la idea de que sí logramos *ser* una cosa, podemos aprehenderla sin más complicaciones. En la esfera jurídica, esa *visio*, la observación profunda de todos estos fenómenos que pueden desenvolverse en la litis, y que naturalmente solo puede adquirirse a base de practicar a conciencia el principio de inmediación, origina una especie de íntima comunicación entre el juez y la cosa, mucho antes de que se ponga en funcionamiento el mecanismo lógico-inferencial. Tales fenómenos van poco a poco entretejiendo lo que podríamos llamar una *atmosfera procesal* en la que se sumerge el juzgador y de la que extrae presentimientos e impresiones. Mitad en serio, mitad en broma, no en vano Calamandrei decía que sentencia derivaba de *sentir*<sup>89</sup>. Los americanos tienen, para designar este fenómeno, un término muy apropiado: el hunch, equivale entre nosotros a corazonada, presentimiento. Hutchenson se encarga de definirlo como destello intuitivo del entendimiento que constituye la chispa de conexión entre el problema y la decisión.

Lo que proporciona al juez su presentimiento no ha de ser necesariamente la observación de un testimonio, una pieza o un documento adquirida a través del cauce legal correspondiente, sino que puede serlo un comportamiento procesal cualquiera, un breve indicio o adminículo, o sea, un polvo de conocimientos de pormenor en frase de Langlois y Seignobos<sup>90</sup>. A esta categoría de elementos creemos oportuno darles genéricamente el nombre de *indicios*<sup>91</sup> denominando a

---

<sup>89</sup> Elogio..., pág. 105. En otro trabajo ("El proceso como juego", en estudios..., t. III, Buenos Aires, 1962, pág. 261) este mismo jurista alude a un fenómeno de *filtración* a través de la mente del juez. Por lo demás, la imagen metafórica de *atmosfera procesal* la hemos encontrado también en **Furno**, ob. cit. Pág. 76; en Gorla, ob. cit., pág. 24 y en **Roberti**, Il libero convencimento..., ob. y loc. Cits. Vid.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 230.

<sup>91</sup> Sobre este interesante tema puede consultarse a Nicola Framarino Dei Malatesta, Lógica de la Pruebas en Materia Criminal, Bogotá-Colombia, 1992 Volumen I, Cuarta Edición, Editorial Temis S.A., págs. 251 a 324; Marco Antonio Díaz De León, Tratado sobre las pruebas Penales, México, 1991, Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A., págs. 429 a 469; Gustavo Humberto Rodríguez, Medios Probatorios, Bogotá-Colombia, 1989, Editorial Librería Jurídicas Wilches., pág. 65 a 88; C.J.A. Mittermaier, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Madrid 1979, Decima Edición, Editorial Reus S.A., págs. 363 a 405; Antonio Dellepiane, Nueva Teoría de la Prueba, Bogotá-Colombia, 1983, Novena Edición, Editorial Temis S.A., págs. 55 a 145; Jorge Arenas Salazar, Crítica del Indicio en Materia Penal, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1998, Tercera Edición

su vez *desprendimientos indiciarios* al natural e involuntario despegue de síntomas probatorios que toda alegación o conducta procesal lleva generalmente consigo, y que permiten, en mucha mayor medida que cualquier prueba arduamente preparada en la forma probática, intuir ó inferir la realidad histórica.

La prueba nace cuando partiendo de una proposición dada que el juez considera cierta -en este caso la conclusión obtenida por vía fenoménica- se trata de comprobar su consistencia lógica mediante la oportuna verificación. A través del proceso inferencial se compulsa el peso de los presentimientos, se corrobora lo íntimamente intuido y se alcanza ese estadio culminante en que la evidencia objetiva no hace más que confirmar el convencimiento subjetivo. Por eso decía Locard que el policía ideal sería aquel que construyera e imaginase un sistema por la intuición y que lo comprobara después por el silogismo<sup>92</sup>. Pero aunque parezca anómalo, a veces se reserva a la intuición un papel todo lo contrario al anterior; la intuición interviene *a posteriori*, una vez llevado a cabo el razonamiento lógico que permite inferir el hecho histórico controvertido.

En tales casos el juzgador ha podido llegar a ciertas conclusiones sirviéndose de una prueba documental inmediata o de una presunción; ha sido un trabajo fríamente analítico, sin predisposiciones relativas a ningún género. Pero instintivamente, al alcanzar este resultado experimenta a la vez, de un modo si se quiere irracional, lo que Reinchenbach diría una *confianza inductiva*, y que es “ese sentimiento intuitivo que experimentamos al aceptar creencias basadas en inducciones”<sup>93</sup>.

---

Actualizada, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Vito Gianturco, Los Indicios en el Proceso Penal, Traducción de Julio Romero Soto, Bogotá D.E.-Colombia, 1974; Germán Pabón Gómez, Lógica del Indicio en Materia Criminal, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1995, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., págs., 154 a 335, Luis Muñoz Sabaté, Técnica Probatoria, Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1997, Editorial Temis, págs. 235 a 253; entre otros autores.

<sup>92</sup> L'enquete criminelle et les méthodes scientifiques, 1920, p. 258.

<sup>93</sup> “La Libertad de la Voluntad”, en Moderna Filosofía de la Ciencia, trad. esp., Madrid, Ed. Tecnos, 1965, p. 200.



**4.2.4 La verosimilitud.** La verosimilitud es la limitación de la naturaleza, en la cual están los hechos necesariamente conexos entre sí; por ello, la verosimilitud “es el primer indicio de la verdad”. La apariencia de verdadera es comprendida por **Brichetti** de la siguiente manera:

Mientras “Verosímil” significa “símil a la verdad” y un hecho deberá considerarse tal cuando sus circunstancias concuerdan con las personas con los lugares, con los eventos, hasta el punto de parecer ocurrido de conformidad con cuanto se afirma el mismo deberá considerarse inverosímil cuando no aparezca como símil a la verdad, en vista de la relación que existe entre sus probabilidades negativas y positivas. Mientras lo verosímil es conforme al operar ordinario de la naturaleza, lo inverosímil presenta el carácter contrario<sup>94</sup>.

El profesor Alfonso Ortiz Rodríguez, en conferencia sobre el tema, ilustra la cuestión de la manera como se transcribe:

Vemos una mancha en el lugar del hecho y decimos: parece ser una mancha de sangre. Decimos esto porque mediante la percepción captamos alguna o algunas notas características de las manchas de sangre. Los residuos encontrados alrededor de la herida parecen ser de pólvora, esto lo decimos porque sometidos al reactivo de Lunge produjeron coloración azul. Pedro tiene las características morfológicas descritas por el testigo Juan, como las que observara el autor del delito.

Decimos entonces, que al parecer Pedro es el individuo descrito por el testigo. Que lo **verosímil** es algo que parece ser, pero que no logramos persuadirnos de que realmente sea porque el conocimiento que tenemos del objeto es demasiado incompleto y necesita comprobarse o verificarse. El conocimiento verosímil es solo conocimiento de orientación y punto de partida de una indagación para comprobarlos o verificarlos.

En otra terminología se dice: sospecho que se trata de una mancha de sangre. Sospecho que se trata de residuos de pólvora, Sospecho que Pedro es la persona descrita por el testigo Juan. La palabra sospecha significa, precisamente, lo que se aprehende o se imagina por conjeturas fundadas en apariencia o visos de verdad. Pero al mismo tiempo denota desconfianza en ese conocimiento.

---

<sup>94</sup> BRICHETTI, Giovanni. La evidencia en el proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 92.

**4.2.5 La probabilidad.** La probabilidad es un estado de conocimiento, en el cual existen factores positivos que inducen a la creencia, pero de igual manera se presentan factores que se oponen al convencimiento racional. Es inobjetable que la probabilidad surge de datos objetivos, pero, debe considerarse que la probabilidad surge de datos objetivos, pero debe considerarse que la probabilidad no consiste en esos datos, sino, por el contrario, en el estado de conciencia que es productor de la percepción de esos mismos datos, esta es la línea de pensamiento seguida por Framarino, para quien la probabilidad “Consiste en la percepción de los motivos convergentes y divergentes, todos los cuales se consideran dignos, en la medida de su diferente valor, de ser tenidos en cuenta”<sup>95</sup>.

Por la precisión del razonamiento y por la claridad de la ejemplificación, citamos nuevamente al profesor Ortiz Rodríguez, en la conferencia aludida, para quien “La probabilidad es un juicio cognoscitivo cuyas razones fundantes son buenas, pero, no concluyentes. En los casos anteriores, el perito examina la mancha al parecer de sangre e informa que por sus características químicas esa mancha es de sangre humana pero dado el estado en que se recibió la muestra no es posible determinar el tipo sanguíneo y hacer otras afinaciones. En estas condiciones podemos decir que, esa mancha de sangre humana probablemente pertenece a la víctima o al victimario. El perito que hizo el test de González, en los presuntos residuos de pólvora afirma: He comprobado la existencia de nitritos y nitratos mediante la reacción de Lunge y descubriendo cristales similares a los que deja la pólvora no combustionada. Ahora, podemos decir, que los residuos hallados probablemente son de pólvora; Pedro es formado en fila de personas ante la cual se lleva al testigo Juan y éste, bajo juramento, dice: por la estatura y el color de los cabellos y de la piel, el individuo que se encuentra en el cuarto lugar es el que describí en mi declaración. Dicho individuo es Pedro. Pero este sujeto reconocedor no pudo identificar en Pedro otras características morfológicas que

---

<sup>95</sup> FRAMARINO DEI MALATESTA, Op. cit., p. 64.

había indicado en su atestación tales como la complexión, la forma de la cara, el tamaño y color de los ojos, el tamaño y disposición de la nariz. Con base en este reconocimiento sólo podemos hablar de que Pedro es probablemente el individuo descrito por el testigo Juan”.

Como resulta fácil inferir, la probabilidad conjuga los motivos convergentes y los motivos divergentes, y los considera a todos digno de ser tenidos en cuenta. Por ello, Framarino enseñó que la probabilidad: “consiste en la precepción de los más poderosos motivos que convergen hacia la creencias, y de los menores que se separan de la creencia, todos los cuales se juzgan como dignaos de ser tenidos en cuenta, según con la diferente medida en su valor “<sup>96</sup>.

**4.2.6 La certeza.** La certeza constituye un valor epistemológico, cuya raíz consiste en el de “estar fuera de toda duda razonable”. Así, por ejemplo, se puede decir que la demostración de un hecho, no sólo está fuera de toda duda razonable para un hombre en un momento dado, sino también, que es cierta para ese hombre en ese momento. Como se ha explicitado, la certeza supone que los motivos divergentes de la afirmación merecen racionalmente ser considerados y, por tanto, afirma. Esta afirmación aparece ante la conciencia como conforme a la verdad, y a la certeza que de allí surge, como cualquiera otra certeza, o es más que aceptación de la verdad.

A este respecto, concluye así, el profesor Ortiz Rodríguez, en la cita que se viene haciendo de su conferencia: “¿Cuándo podemos afirmar que estamos en posesión de la verdad, acerca de que la mancha es de sangre, perteneciente a la víctima; que los residuos son de pólvora y que Pedro es la persona descrita por el testigo JUAN?<sup>97</sup> Cuando descartamos que el autor del hecho haya sido herido en el lugar del hecho y que alguna otra persona distinta de la víctima haya dejado

---

<sup>96</sup> Ibid., p. 69.

<sup>97</sup> Ibid., p. 67.

caer en ese lugar alguna gota de sangre, entonces, afirmamos: estoy seguro que esa mancha de sangre es de la víctima. Cuando descartamos toda posibilidad de que alguien en torno de la herida haya operado con alguna sustancia nitrada, podemos decir que los residuos hallados son de Pólvora. Cuando sabemos que la coartada presentada por Pedro para liberarse de la incriminación es falsa. En este caso podemos decir que si Pedro mintió es porque es realmente la persona descrita por el testigo Juan. En conclusión, afirmamos tener la certeza de algo cuando eliminamos las dudas que nos impiden pasar de lo probable a lo cierto”.

Es por lo mismo, por lo que Framarino escribió que la certeza,

Se verifica cuando la prueba de la probabilidad, que presenta motivos que inducen a la creencia y motivos que apartan de esta, se agrega otra prueba que descarta los motivos divergentes de la creencia; y de este modo se tiene, en conclusión la que nosotros denominamos prueba acumulativa de la certeza, vale decir, ese conjunto de pruebas que, al originar la certeza, pueden servir de legítima base a la sentencia condenatoria<sup>4</sup>.

Pietro Ellero es quien divide a la certeza de las especies de metafísica, o sea, la producida por la inteligencia como las ideas puras; física, o sea, la producida por las sensaciones, e histórica cuando es producida por las sensaciones, e, histórica cuando es producida por las relaciones: ideas mixtas. En cada una de ellas hay causas posibles de falsedad, lo que explica de la siguiente manera:

De hecho en la certeza metafísica hay una sola causa posible de falsedad: el error; en la física, dos: el error y la ilusión de los sentidos; en la histórica, tres: el error, la ilusión de los sentidos y la mentira del testimonio... Los objetos de los juicios criminales son las acciones humanas; ahora bien, cuando estas se relatan, hay lugar a la certeza histórica; pero desde el momento en que ocurren a presencia misma del juez, o dejan rastros materiales, tiene también lugar la certeza física<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> ELLERO, Op. cit., p. 16 y 72.

**4.2.7 Certeza relativa de índole racional**<sup>99</sup>. Una cosmovisión es una concepción del cosmos que, en un sistema coherente de puntos de vista sobre el mundo (naturaleza, sociedad y pensamiento), influye de manera fundamental en la actividad del hombre. Es ella la que nos permite encontrarle sentido a la fría y muda objetividad de los seres humanos; por ella las cosas se convierten en posibilidades, cobran sentido e interés para nosotros. Pero al mismo tiempo la concepción del mundo de personas que viven en la misma sociedad es muy distinta. Las ideologías, la religión, la ciencia y las doctrinas políticas también influyen en la concepción del mundo.

Existen diversas cosmovisiones del universo, del mundo o de la realidad (estética, científica, filosófica y religiosa), y aunque cada una de ellas es suficientemente diferente a las demás, ninguna puede aislarse. Los planteamientos sobre el hombre y el universo resultan diferentes desde cada una de ellas. Cada una posee su propia forma de responder a los grandes interrogantes que preocupan al hombre. A veces los planteamientos de estos modelos cosmovisivos están de acuerdo o se complementan. Pero muchas veces se oponen, sin que resulte posible poner de acuerdo a los defensores de una o de otra. Frente a todas estas cosmovisiones, el ideal no consiste en elegir la que nos parezca más provechosa y desechar las demás, sino integrar lo más valioso de todas; única forma de superar las limitaciones de cada una. Quien no logre integrarlas y mirar el universo a través de cada una de ellas, se complicará la existencia y será incapaz de relativizar la verdad.

El hombre, a través de sus actividades psíquicas (inteligencia, sentimiento y voluntad), conoce la realidad por su inteligencia, la valora afectivamente por el sentimiento y se conduce en ella por la voluntad. La melancolía, por ejemplo, nos muestra el mundo al revés; así perdemos el sentido de lo interno y de lo externo. El melancólico, fuertemente subjetivo e irreflexivo, resiste a la lógica, porque

---

<sup>99</sup> <http://www.monografias.com/trabajos15/estadistica/estadistica.shtml>

ningún argumento conseguirá convencerlo de que ese estado es imaginario o transitorio. La presencia de los demás se convierte en ausencia. El depresivo, así mismo, se pregunta si son los problemas de la vida diaria los que producen la sensación de depresión o sí, por el contrario, es la sensación de apatía y desgana la que conduce a los problemas cotidianos. Un neurótico, igualmente, percibe la realidad alterada, ya que la neurosis genera un desorden crónico de personalidad que produce una visión distorsionada de la vida y una actitud distorsionada ante ella. Un esquizofrénico altera su contacto con el mundo exterior, se instala en su autismo, vive en un mundo fantástico y utópico, producto de su ensoñación; sus deseos no tienen relación con la realidad, se hace impenetrable, indiferente, y pierde todo sentido práctico. Un enajenado mental o loco tiene una forma muy particular de vivenciar la realidad, debido a que la locura es un estado en que la persona pierde la prueba de realidad, se aleja de los patrones del aquí y del ahora, no puede distinguir lo interno de lo externo y, en forma irreversible, se aleja del principio consensual de realidad. Según el filósofo francés Blas Pascal, el pensamiento, que es nuestra verdadera y definitiva vocación, se ve ofuscado por innumerables enemigos: la imaginación, “maestra del error y la falsedad”; las enfermedades, que nos impiden construir un juicio recto, y la cotidiana tendencia a vivir en tiempos que no son nuestros.

John Grinder (Psicolingüista) y Richard Bandler (Matemático, Psicoterapeuta, Gestaltista), con fundamento en el constructivismo, sostienen que el ser humano no opera directamente sobre el mundo real en que vive, sino que lo hace a través de mapas, representaciones, modelos a partir de los cuales genera y guía su conducta. Lo que realmente nos atemoriza y desconsuela no son las cosas ni los acontecimientos en sí mismos, sino la forma como pensamos de ellos. No son las cosas las que nos perturban, sino la forma como interpretamos su importancia.

Según el filósofo inglés John Locke, hay una realidad oculta tras lo que vemos y percibimos a través de los sentidos en general. “No percibimos una sustancia,

percibimos su existencia”, sentenció este pensador. Nuestras percepciones a veces son erróneas. Lo que vemos en muchas ocasiones no corresponde con la realidad. Es el caso de los colores. Uno los ve. Sin embargo, no existen. ¿Qué son los colores? Los colores de las cosas dependen de la luz con que estén iluminadas y de la refracción y absorción de las diversas frecuencias de la luz. La luz del sol llega a nosotros en muchos “colores”: violeta, azul, amarillo, verde, anaranjado, rojo, que corresponden a luces de diferentes longitudes de onda. Las luces violeta y azul tienen las longitudes de onda más cortas; la anaranjada y roja, las más largas. Lo que percibimos como “colores” es la manera en que nuestros ojos y nuestro cerebro leen estas longitudes de onda de la luz. Un vestido negro absorbe todas las frecuencias de la luz, mientras que una camisa roja absorbe todas las radiaciones, menos la roja que refleja.

Contemporáneamente se ha pretendido dar al problema de la verdad una mayor radicalización. Bergson distingue dos maneras profundamente distintas de conocer: la primera consiste en dar vueltas en rededor de una cosa para ir apresando en conceptos los distintos puntos de vista que ofrece al espectador que la analiza desde su periferia; la segunda forma de conocimiento penetra en la cosa, la conoce por dentro coincidiendo con ella en lo que tiene de inefable y absoluto. El primero es un conocimiento analítico, relativo, abstracto, propio de las ciencias; tiende a la manipulación del objeto. El segundo, por el contrario, es sintético, absoluto e intuitivo, propio de la metafísica, cuya pretensión no es manipular, sino conocer absolutamente la realidad inefable de las cosas. Todo hombre busca la verdad, no por vanidad personal, sino como un deber ante la humanidad, de transmitir conocimientos.

La búsqueda de la verdad entraña también, la eliminación de la falsedad. La falsedad, para muchos, es el ocultamiento del ser bajo apariencias, o la no conformidad de la palabra con el pensamiento. La búsqueda de la verdad halla su recompensa en sí misma. El hecho de que no poseamos la verdad total, no significa que no podamos acercarnos a la verdad. La lucha del hombre por

descubrir la verdad es interminable; ésta es siempre escurridiza, relativa, multifacética. El acceso a la verdad es muy complejo y a ello se oponen múltiples obstáculos no sólo en el interior del pensamiento mismo, sino en sus múltiples raíces y condicionamientos. Debemos tener claridad conceptual porque si confundimos los conceptos tendremos dificultades para buscar la verdad y las confusiones no nos permitirán avanzar por el sendero que nos aproxime a la verdad. El concepto es lo que nos permite identificar inequívocamente algo y además brinda una regla práctica para construirlo o juzgarlo.

Disertar sobre el conocimiento es generar dudas y cuestionamientos sobre la ciencia y sobre la base en el que esta sedimentado todo su andamiaje. Hay dos tipos de conocimiento: Conocimiento sensible: aprehende objetos reales, entendiendo por reales los que ocupan espacio y tiempo. Es proporcionado por los sentidos y la conciencia inmediata de nosotros mismos. Conocimiento racional: aprehende objetos ideales o relaciones entre objetos reales. Objeto ideal es aquel que no ocupa espacio, ni tiempo, (los números, los conceptos etc.). Este tipo de conocimiento da a la razón la posibilidad de captar lo ideal, sus relaciones y la relación de lo temporal - espacial.

Para unos esta posibilidad del ser humano, unida a la capacidad de la razón para averiguar cómo es la realidad en sí, independiente de nuestro conocimiento sensible, es la forma de conocer el mundo que nos rodea y explicarnos a nosotros mismos. Esta posición se denomina racionalismo y contrasta con el empirismo, el cual plantea que el único conocimiento posible solo puede atribuírsele a la experiencia sensible. El empirismo alía a la experiencia sensible la razón, pero solo para relacionar datos y realizar inducciones.

El criterio de verdad es la norma o regla que nos sirve para distinguir un conocimiento verdadero de uno falso. Es la prueba por la cual distinguimos entre la verdad y el error. Podemos compararlo al metro que nos sirve de patrón para las medidas. La norma para distinguir la verdad de lo falso no puede ser la autoridad de quien dice saber o quiere imponer su saber o su poder. Un juicio no



puede admitirse como verdadero por el solo hecho de ser formulado por esa clase de persona. *La verdad no es absoluta e inmutable, sino relativa; esto es, depende del entendimiento humano, y está sometida a las variaciones de éste.* La verdad cambia con los hombres o los tiempos. Cada sistema filosófico implica y encarna una determinada concepción de la verdad. El criterio de verdad debe responder, entre otras, a la pregunta de si es la verdad independiente o dependiente del hombre. La cuestión del criterio de la verdad nos lleva a preguntarnos: ¿Qué nos presta la certeza de que nuestros juicios, además de verdaderos, sean ciertamente verdaderos? ¿En qué conocemos que un juicio es verdadero o falso? El hombre, como dijo Einstein, tiene un profundo anhelo de certeza en sus conocimientos. Existen diversos campos de verdad, cada uno de ellos aceptables dentro de sus propios límites.

Un criterio de la verdad es la ausencia de contradicción. No es un criterio general, válido para todo el conocimiento, sino sólo para una clase determinada de conocimiento. Otro criterio de la verdad consiste en la presencia o realidad inmediata de un objeto: son verdaderos todos los juicios que descansan en una presencia o realidad inmediata del objeto pensado. La certeza es un estado de ánimo del que conoce que está seguro que lo que afirma es verdadero y no puede dudar, porque conoce los motivos para no dudar, para estar firme en su asentimiento. Es el sentimiento firme de nuestra mente a algún enunciado porque conocemos que no tenemos peligro de error. Cada persona tiene una verdad "relativa"; razón por la cual ésta no es propiedad privada ni absoluta de nadie. Nadie está en poder de la verdad. No existe la verdad absoluta; simplemente existen aproximaciones a la verdad.

En consecuencia, resulta evidente que lo más próximo a la verdad material o absoluta, lo es la certeza relativa de índole racional, criterio que no solamente fue

acogido por las últimas legislaciones procesales colombianas, como sigue<sup>100</sup>:

En el artículo 218 del Decreto 409 de 1971 se disponía que para proferir sentencia de condena era necesario obtener “prueba plena y completa” sobre la demostración del hecho y la responsabilidad del autor.

En el artículo 247 del Decreto 050 de 1987 se exigía como prueba para condenar aquella que condujera a “la certeza del hecho y la responsabilidad del acusado”.

En el artículo 247 del Decreto 2700 de 1991 la exigencia probatoria para condenar se circunscribía a la “prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado”.

A su vez en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 se establece que “no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”.

Como viene de verse, es incuestionable que la certeza sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, a la postre se edifica sobre la noción de verdad relativa racional dentro del proceso penal, la que no es característica exclusiva del sistema procesal penal acusatorio, cuando en su artículo 381 consagra: “..Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juico. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia...”; criterio al que también había hecho referencia nuestra Honorable Corte Constitucional en las Sentencias C-609 del 13-11-1999, M.P. Dr. y T-555 de 19 de agosto de 2009, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, Referencia: expediente T-2263652.

---

<sup>100</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. Proceso 21703 del 11-03-2009. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos.

**4.2.8 La verdad.** El concepto trascendente de la verdad, expresado como conciencia natural, alude a que la verdad del conocimiento consiste en la concordancia del contenido del pensamiento con el objeto. O, dicho con las palabras de Framarino, la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, la idea básica, según la cual el conocimiento representa una relación entre un sujeto y un objeto ha resultado sostenible. Esta relación no significa, empero, una reproducción, sino una coordinación regular.

Para el concepto inmanente de la verdad, la esencia de ella no radica en la relación del contenido del pensamiento con algo que se halla frente a nuestro pensamiento, algo trascendente al pensamiento, sino con algo que reside dentro del pensamiento mismo. La verdad es la concordancia del pensamiento consigo mismo. Un juicio es verdadero cuando está formado con arreglo a las leyes y a las normas del pensamiento. La verdad significa, según esto, algo puramente formal; coincide con la corrección lógica. Este concepto solo tiene sentido en el terreno del idealismo, pues, sólo si no hay objetivos extra-conscientes reales tiene sentido concebir la verdad de puro modo inmanente.

### **4.3 CARGA DE LA PRUEBA “ONUS PROBANDI”**

El Onus Probandi (traducido es la carga de la prueba) este principio enuncia que la "carga de la prueba" está en la persona que afirma la verdad de una proposición, es la base de la llamada presunción de inocencia, quién acusa debe, no solamente, demostrar la acusación, sino también, probarla, sí se afirma que: **X** es verdad, quien afirma, es intelectualmente responsable de proveer o proporcionar algún tipo de razonamiento para que sea aceptada; sí no se proporciona alguna razón o se proporciona razonamientos que son inválidos, se tiene la legítima justificación de rechazar la afirmación de conocimiento y declararla como infundada y/o irracional, es la regla general que rige en Derecho Penal. Y el Indubio Pro Reo, es decir, si hay duda, se debe favorecer al imputado

o al acusado. No hay pruebas, no podemos probar que Juan ha matado a Pepe, así que Juan (que fue imputado por un delito de Homicidio) debe ser absuelto. Juan es inocente, lo era a no ser que se probara lo contrario y como no se ha podido efectivamente probar, es inocente.

El *onus probandi* es una expresión latina del principio jurídico que señala, quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del *onus probandi* radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo ("*affirmanti incumbit probatio*": a quien afirma, incumbe la prueba). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema).

El *onus probandi* se manifiesta en diversas ramas del Derecho, empero, respecto del Derecho Penal: el *onus probandi* es la base de la presunción de inocencia de cualquier sistema jurídico que respete los derechos humanos. Significa que para toda persona se presume su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad. Es *Iuris Tantum* (una presunción legal que admite prueba en contrario), pero en la cual lo relevante es que, quién acusa es quién tiene que probar la acusación, es decir, el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte.

En el Derecho Penal: se dice que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión (Teoría de Michelli - Teoría de la Carga de la Prueba según el efecto jurídico perseguido por las partes); asimismo, dichos presupuestos deben estar contemplados en la norma con la finalidad de que sean de aplicación en el proceso mismo. En caso contrario, la misma no se le aplicará, quedando sin sustento su pretensión o defensa (Teoría de Rosenberg - Teoría

Normativa). Determinación de la carga de la prueba. Según Percy Chocano **Núñez**, la carga de la prueba no puede ser predeterminada por la ley, sino que su distribución se debe basar en dos principios: el principio ontológico y el principio lógico.

El principio ontológico determina la carga de la prueba sobre la base de la naturaleza de las cosas de modo tal que se presumen determinados hechos sobre la base de las cualidades que generalmente tienen las personas, cosas o fenómenos y en consecuencia debe probarse lo contrario; por ejemplo, si se presume la inocencia de las personas es porque estas generalmente no cometen delitos y en consecuencia lo extraordinario será que sí los cometan, siendo lo extraordinario lo que debe probarse frente a lo ordinario, que es lo que se presume.

El principio lógico, por su parte, considera que es más fácil probar las afirmaciones positivas que las afirmaciones negativas, de modo tal que quien hace una afirmación positiva tiene que probar frente al que hace una afirmación negativa (proponer lo contrario es lo que se denomina prueba inquisitorial o prueba diabólica). Por último, Chocano Núñez considera que, de haber una contradicción entre el principio ontológico y el principio lógico, debe preferirse el primero.

El idealismo representa el intento de suprimir el dualismo del sujeto y el objeto en el problema del conocimiento y de estatuir un monismo epistemológico. El idealismo hace tal intento porque cree poder suprimir de este modo todas las dificultades inherentes al problema del conocimiento, pues, estas le parece tener su causa más profunda en dicho dualismo, pero esta interpretación monista del fenómeno del conocimiento violenta la realidad. Se funda, en efecto, en hacer valer una sola de las tres esferas a que toca el fenómeno del conocimiento. Esta esfera es la lógica. El aspecto psicológico y el aspecto del fenómeno del conocimiento son escamoteados, por decirlo así, a favor del lógico<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> J.HESSEN. Teoría del conocimiento. Bogotá. Ediciones Universales. 1981, p. 118.

El análisis propuesto indica que, en relación con los fines del conocimiento procesal penal, el problema de la verdad rebasa su naturaleza práctica y social, ya que está comprendido en la esfera de lo metafísico. En cambio, la certeza es la entidad que conviene a la esencia del conocimiento procesal penal, pues, aquella consiste en la creencia de la conformidad entre la noción ideológica y la realidad ontológica. Desde luego, y ello es obvio, esa creencia tiene un fundamento racional y científico.

Por lo tanto, el derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real, lo sintetiza el maestro Carnelutti cuando proclama: "...el proceso al margen de la verdad no tiene sentido", la verdad, así sea la procesal es solamente una; entre otras cosas, la verdad procesal es la resultante de la verdad fáctica y la verdad jurídica.

Este derecho ha sido relevante para la resolución de entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de Julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

#### **4.4 JUEZ PENAL DE CONOCIMIENTO Y SU FUNCIÓN RESPECTO DE LA PRUEBA**

Recogiendo la doctrina sentada por la Honorable Corte Constitucional y también, por la Corte de Justicia, que es una característica del sistema procesal penal colombiano de tendencia acusatoria -modulado-, que el juez de conocimiento, esto es, el que adelanta el juicio oral, no sea un árbitro o sujeto plenamente neutral que no despliega actuación distinta a la de atender y valorar la exposición

que de los hechos hacen las partes del proceso a través de las pruebas allegadas y practicadas en la audiencia de juzgamiento. Con todo, también, se ha visto que el diseño del constituyente, desarrollado por el Código de Procedimiento Penal, han procurado que las competencias reconocidas al juez con función de fallar el proceso, sean compatibles con los principios que estructuran el proceso y con el propósito latente al sistema de tipo acusatorio modulado, de que su actuación esté revestida de todas las condiciones factibles que garanticen su plena imparcialidad.

Como elementos de la actividad probatoria que surgen de la estructura misma del sistema penal, destaca los siguientes: **i)** Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantías en las etapas preliminares del procedimiento.

En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho. **ii)** El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino *da mihi factum ego tibi jus*, dame las pruebas que yo te daré el derecho, pues es claro que, mientras la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes y el Ministerio Público, el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos. **iii)** En el nuevo esquema escogido por el legislador y el constituyente para la búsqueda de la

verdad, los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos: aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, pues ésta no sólo es responsabilidad del juez, se distancian en cuanto resulta evidente la posición adversarial en el juicio, pues, los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre la responsabilidad penal del imputado. iv) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada.

De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues, el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria.

Por regla general, el sistema penal acusatorio -puro- se caracteriza por la pasividad probatoria del juez -no así, el modulado- pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que sí la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado.

Su intervención debe ser, conforme lo ha expuesto la Corte de Justicia, sólo para controlar la legalidad y la lealtad de las preguntas, para completar o perfeccionar



el núcleo fáctico introducido por aquellas, no para que el juez confeccione la prueba<sup>102</sup>.

Debemos destacar, que es correcta la premisa de que el Juez Penal de Conocimiento, no confecciona la prueba, por cuanto su labor judicial, entre otras, es apreciarla, sin perjuicio, que en el Sistema Penal Oral Acusatorio Modulado, por razones de orden Constitucional, como lo sería la aplicación de la Justicia material y la prevalencia del Interés general sobre el particular, el Juez de conocimiento, decreta la práctica de pruebas de oficio en la Audiencia Preparatoria, diligencia en la cual el fallador advierte qué elementos materiales de prueba requiere, no para fallar de conformidad con las pretensiones de las partes, sino, para que su labor de administrar justicia, además, de corresponder a derecho sea justa de conformidad con los estándares internacionales.

Dígase también, que la actividad probatoria del Juez Penal de conocimiento, en manera alguna puede ser entendida como desconocimiento del “*onus probandi*” cuyo concepto quedo analizado en párrafos anteriores, como quiera que, al decretar la práctica de pruebas de oficio en la Audiencia Preparatoria, no lo convierte en parte, tal como ocurre con la intervención de la víctima y la Agencia del Ministerio Público; pues, bien entendida esta función facultativa del juez, la misma tiene como finalidad la de garantizar, precisamente, el correcto y adecuado recaudo probatorio, necesario, para que el mismo sea depurado en la Audiencia de Juicio a través del contradictorio, actividad que únicamente recae en la Fiscalía y la Defensa y de esta manera, el Juez obtiene con suficiencia los elementos cognoscitivos que le permitan proferir su sentencia, con limitación extrema del error judicial y de esta manera salvaguardar el prestigio de la administración de justicia y su cuestionamiento, propósito que desde luego, no solamente, beneficia los intereses procesales de las partes, sino también, los de la Sociedad, finalidad propia del Estado Social y Democrático de Derecho.

---

<sup>102</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 29415 del 4 de febrero de 2009. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

Tampoco, resulta valida la tesis que cuando el Juez Penal de Conocimiento en el actual sistema procesal penal, ordena el decreto de pruebas de manera oficiosa, menoscaba la garantía constitucional de su imparcialidad; pues, el sustento de la misma corresponde a un a priori, al considerar que las pruebas decretadas de oficio por el Juez necesariamente afectara los interés procesales del Acusado, dando por descontado que las mismas, contrario sensu le resulten favorables; efectos de orden probatorio que en esa instancia procesal desconoce el Juez, al decretarlas, sin que le corresponda preparar al testigo, elaborar el cuestionario del interrogatorio; circunstancias que se convierten en blindaje de su **imparcialidad**, en la medida, en que técnicamente lo que esta ordenando el Juez Penal de Conocimiento, no es la práctica de pruebas de oficio, sino de, actos de investigación de oficio, en virtud de lo cual serán las partes quienes los recaudaran y someterán al contradictorio en el debate probatorio propio del Juicio, es decir, que la facultad otorgada al Juez hace referencia a la Carga objetiva o material de la prueba: entendida como la insuficiencia o deficiencia de la prueba para allegar al juez la certeza sobre la existencia de los hechos, ósea, nos estamos refiriendo a la prueba en sí, con independencia de la actividad de las partes y del comportamiento probatorio de las mismas, conservándose la Carga subjetiva de la prueba: interpretada como la actividad de las partes para allegar al proceso la prueba.

Empero, como si lo anterior fuese de poca monta y al margen de que por vía constitucional el Juez Penal de Conocimiento, este o no facultado para decretar pruebas de oficio, lo cierto es que, legalmente y de manera implícita sí lo está, corrobora ésta afirmación el artículo 335 del C.P.P. “Rechazo de la solicitud de preclusión” audiencia en la cual, el funcionario judicial, además, de otórgale el uso de la palabra a la víctima, al Agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, de rechazar la solicitud de Preclusión por encontrar incipiente el acervo de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sirven de soporte a la causal invocada de la que se pretende sus efectos jurídicos por sentencia de

Preclusión, coetáneamente ordena de manera oficiosa la práctica de actos de investigación, los que son tramitados por la Fiscalía, por intermedio de los funcionarios de policía judicial, previa la impartición de la correspondiente orden y allegado el informe ejecutivo contentivo de los resultados de la misma, el Fiscal evaluara, si probatoriamente, es viable, elevar petición de Preclusión por segunda vez ó por el contrario, presentar Escrito de Formulación de Acusación; actuación procesal del abogado de gobierno, que no tiene origen distinto al decreto oficioso, por parte del Juez de Conocimiento, de actos de investigación.

#### **4.5 PRECEDENTE CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA PRUEBA DE OFICIO JUEZ DE CONOCIMIENTO SENTENCIA C-396 DE 23 DE MAYO DE 2007. M.P. DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA**

Ya se ha dicho en esta providencia, recogiendo la doctrina sentada por la Honorable Corte Constitucional y también por la Corte de Justicia, que es una característica del sistema procesal penal colombiano de tendencia acusatoria, que el juez de conocimiento, esto es, el que adelanta el juicio oral, no sea un árbitro o sujeto plenamente neutral que no despliega actuación distinta a la de atender y valorar la exposición que de los hechos hacen las partes del proceso a través de las pruebas allegadas y practicadas en la audiencia de juzgamiento.

Con todo, también, se ha visto que el diseño del constituyente, desarrollado por el Código de Procedimiento Penal, han procurado que las competencias reconocidas al juez llamado a fallar el proceso, sean compatibles con los principios que estructuran el proceso y con el propósito latente al sistema de tipo acusatorio, de que su actuación esté revestida de todas las condiciones factibles que garanticen su plena imparcialidad.

Una de las manifestaciones más evidentes de dicha pretensión se encuentra en la prohibición de decretar pruebas de oficio, contemplada en el artículo 361 de la

Ley 906 de 2004, cuya constitucionalidad se estudió y definió en la sentencia C-396 de 2007. Tal decisión debe ser tenida en cuenta como precedente para valorar algunos de los problemas jurídicos que se han planteado, razón por la cual se estudiará con detalle en sus apartes pertinentes.

Acusado el precepto porque con la prohibición legal para que el juez decrete pruebas de oficio en el proceso penal se desconoce el valor de la justicia y los deberes de las autoridades públicas de propender por la defensa y eficacia de los derechos consagrados en la Constitución, la Corte se vio abocada a resolver como problema jurídico “si para garantizar el descubrimiento de la verdad y, con ella, la realización de la justicia es condición sine qua non, reconocerle iniciativa probatoria al juez en el sistema penal acusatorio”. A estos efectos, desarrolló un análisis sobre el significado de la búsqueda de la verdad y la justicia y su incidencia sobre la labor del juez, sobre qué tipo de actuación debe éste, desplegar para asegurar su imparcialidad e independencia en la búsqueda de la realización de los derechos e intereses en conflicto en el proceso penal y sobre cuál debe ser el rol del juez en el sistema penal acusatorio ante la tensión entre la búsqueda de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales. Todo ello, para responder a la pregunta de si el legislador estaba facultado o no para prohibir las pruebas de oficio en el proceso penal.

En el marco de tales consideraciones, observó la Corte cómo uno de los rasgos estructurales más marcados en el procedimiento penal acusatorio colombiano, se encuentra en la modificación de la actividad probatoria en el proceso, concebida tanto en la Constitución como en la ley. Con ella se intensifica la aplicación de reglas que permiten la averiguación de la verdad en el proceso penal y la concreción del deber de buscar la justicia material en nuestro Estado Constitucional, con pleno respeto de los derechos fundamentales del inculpado y de las víctimas del delito.

Así, como elementos de la actividad probatoria que surgen de la estructura misma del sistema penal, destaca los siguientes:

**“i) Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba.** Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con **grado de probabilidad**, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a **obtener la verdad de lo sucedido** y verificar sus proposiciones de hecho.

**“ii) El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino *da mihi factum ego tibi jus*, dame las pruebas que yo te daré el derecho, pues es claro que, mientras la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes y el Ministerio Público, el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos.**

**“iii) En el nuevo esquema escogido por el legislador y el constituyente para la **búsqueda de la verdad**, los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos: aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de **buscar la verdad verdadera** y no sólo **la verdad formal**, pues ésta no sólo es responsabilidad del juez, se distancian en cuanto resulta evidente la posición adversarial en el juicio, pues los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima<sup>103</sup> están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con **grado de certeza**, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre la responsabilidad penal del imputado.**

**“iv) El Código de Procedimiento Penal vigente, impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en**

---

<sup>103</sup> Después de la Sentencia C-454 de 2006, por medio de la cual, esta Corporación, autorizó a los representantes de las víctimas en el proceso penal a presentar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, “en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”.

la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria (...). Postulado que desconoció la Corte de Justicia, Sala de Casación Penal en la Sentencia de Casación con Radicación 24468 del 30 de Marzo de 2006, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

“v) Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la **pasividad probatoria del juez**, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado”.

Del anterior análisis, concluye que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas, en efecto hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida como un “principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal” a la vez que como “garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido”. En ese orden, excluye la consideración según la cual la búsqueda de la verdad se debe encontrar indisolublemente asociada con la prueba de oficio.

Con todo, al observar que en el sistema procesal penal colombiano, el juez no es un mero árbitro ni que el proceso acusatorio es típicamente adversarial, encuentra necesario verificar si es constitucionalmente válido que, ante la insuficiencia de elementos probatorios en el juicio, el juez deba proferir fallo sin que pueda decretar pruebas de oficio.

Para tales efectos, comienza por decir que la imparcialidad y la independencia son principios de la aplicación de la justicia en los Estados democráticos. En Colombia, entonces, a pesar de que no haya una declaración expresa en la Constitución que consagre el principio, existe plena claridad sobre su

reconocimiento implícito en los artículos 29, 229 y 230<sup>104</sup> constitucionales, como “parte del conjunto de las garantías procesales y sustanciales que rodea a la administración de justicia”. Pero ¿cómo se garantiza la efectividad del principio?, es una pregunta que ha sido resuelta de diversas formas en la historia. Por ello resulta razonable que sea el legislador el que diseñe “el esquema procesal que considera adecuado para la búsqueda de la verdad y para concretar la imparcialidad, pues, los dos son conceptos tan amplios que su concreción corresponde al legislador”.

En el ordenamiento jurídico colombiano, dijo entonces la Corte, se han diseñado diferentes garantías institucionales e individuales destinadas a asegurar no sólo que el juez se halle en una posición subjetivamente ajena a las partes e intervinientes, sino también, que dicha situación se presente de modo objetivo<sup>105</sup>. Dentro de ese conjunto de elementos tanto externos<sup>106</sup> como internos al proceso que han venido nutriendo la noción de imparcialidad del juez, aparecen los principios que se reconocen como propios a la implementación del sistema penal de tendencia acusatoria y que son “i) El funcionario que instruye no juzga, ii) La pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues, se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) La carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía”.

---

<sup>104</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-540 del 24 de Noviembre de 1993. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

“...Se trata de un asunto no solo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también, de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en **los ideales y el valor de la justicia**, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad...” negrillas nuestras.

<sup>105</sup> Recoge de este modo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual se han decantado las vertientes que construyen el principio de imparcialidad judicial, también reconocido por los tribunales constitucionales europeos y por la doctrina científica. Vid. TEDH. Sentencia del 17 de junio de 2003. Asunto: Pescador Valero Vs. España; TCE, sentencias 145 del 12 de julio de 1988 y 52 del 26 de febrero de 2001, entre otras.

También, PICÓ JUNIO, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Editorial Bosch, 1997, p. 135 y ss.

<sup>106</sup> Es el caso de la carrera judicial, la independencia administrativa de la rama judicial de los demás poderes públicos, la autonomía financiera de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, así como el régimen objetivo de impedimentos y recusaciones.

Todos ellos impiden que el juez falle conforme a sus propios prejuicios. La actividad probatoria, se vuelve entonces, sinónimo del concepto de neutralidad cognoscitiva del juez, lo cual responde al esquema procesal del Acto Legislativo número 03 del 19 de Diciembre de 2002. Dichas reglas también producen “el impacto psicológico de confianza y neutralidad del juez” pues, de lo contrario, al investigar y juzgar, y de este modo, al participar en el recaudo de pruebas, puede inclinarse a favor de alguna de las partes y producir “un prejuizgamiento o una postura anticipada que debe evitarse”.

Finalmente, a partir de un análisis sistemático y teleológico del artículo 361, concluye la sentencia en comentario que la prohibición allí contenida no es absoluta, “en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial”. La pasividad probatoria del juez se encuentra entonces limitada a la etapa del juicio, pues es allí donde se aprecia que “la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial” en la que se suscita la contradicción entre las partes, se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios con que cuentan las partes. No ocurre lo mismo en la etapa en la que “el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal”.

Conforme al precedente descrito, es claro que el juez de conocimiento **no puede decretar pruebas de oficio**, es decir, que en la audiencia preparatoria donde las partes presentan las pruebas que pretenden hacer valer para mostrar su versión, a más de las que excepcionalmente puede solicitar el Ministerio público según se analizo en el acápite precedente, no puede sumar nuevos medios probatorios, pues así lo ha dispuesto el legislador a partir de su poder de libre configuración normativa. Y en el mismo sentido, durante la práctica de las pruebas decretadas, no puede incluir otras no señaladas en dicha audiencia, pues con ello rompería



las reglas probatorias con que se protege la igualdad de armas que debe existir entre las partes del proceso.

Recordemos que el debido proceso no se encuentra rígidamente predeterminado, pues aunque parte de los principios en que se sienta, plasmados tanto en la Constitución como en los tratados de DD.HH. suscritos por Colombia, las especificidades de su configuración son del fuero del legislador. Y en lo que concierne a su validez, ésta no se determinará porque respondan a un determinado patrón procedimental proveniente del Derecho comparado o de la doctrina, sino por su coherencia con los diferentes bienes constitucionales en juego, como son los derechos, libertades y garantías sustanciales del procesado (arts. 28, 29, 30 C.P., arts. 7º a 10º de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 14 y 15 del PIDCP) y de las víctimas (art. 250, num. 6º y 7º CP), la soberanía legislativa (art. 150, num 2º CP) y los deberes del Estado de perseguir el delito (art. 250 inc. 1º CP) y asegurar la legalidad, al igual que la realización de los intereses de la sociedad (art. 277 CP).

Los anteriores supuestos explican por qué en nuestro sistema procesal penal se ha entendido conforme al orden superior, que el juez no sea un convidado de piedra en el proceso, sino que al contrario, a través de las diversas actuaciones cumpla con su función de dirigirlo hacia la finalidad común a todo juicio, a saber, alcanzar la justicia formal y sobre todo material. En este sentido, no sólo es quien está llamado a concretar el *ius puniendi* del Estado, sino que también es el **encargado de buscar la verdad**, procurar la prevalencia del derecho sustancial, así como la defensa y protección efectiva de los derechos del procesado y de las víctimas.

Por esto, aunque se ha admitido, como manifestación del poder de libre configuración del legislador, que el juez de conocimiento tenga prohibida la

posibilidad de decretar pruebas de oficio<sup>107</sup>, también, por ello mismo, ha resultado legítimo y admisible que, en el esquema colombiano, a diferencia de otros países, pueda el juez adoptar un conjunto de medidas que, sin involucrar su imparcialidad, sí lo vinculen positivamente con los resultados del proceso, como forma de garantizar una correcta administración de justicia<sup>108</sup>.

No se trata entonces, de que el juez sea un árbitro absolutamente neutral e impasible ante no importa qué actuación de las partes del proceso, sino que al contrario el juez aparece como la “autoridad plenamente activa en la búsqueda de la verdad, la realización de la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales que se encuentran en tensión en el proceso penal”<sup>109</sup>.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el Ministerio público, su participación en el proceso dispuesta por el Constituyente es, como arriba se dijo, uno de los elementos estructurales del sistema procesal penal colombiano y en ese sentido, implica que el carácter acusatorio y adversarial no sea, conforme a un sistema puro que, a decir verdad, parece inexistente<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 de 2007, Op. cit.

De hecho en la sentencia que así lo declaró, después de reconocer la constitucionalidad de la prohibición de pruebas de oficio por parte del juez de conocimiento, no dudó la Corte en señalar al mismo tiempo que “el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada disciplina jurídica, **por lo que si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria**” (resaltado fuera de texto).

<sup>108</sup> Ibid.

Así, cuando conforme lo señaló la misma sentencia: “**i)** controla formal y materialmente el escrito de acusación presentado por la Fiscalía (artículos 336 y 337 del Código de Procedimiento Penal), **ii)** asiste al descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas (artículo 344), **iii)** puede contrainterrogar testigos (artículo 397), **iv)** ejerce control sustancial y formal sobre los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado (artículos 348 a 354), **v)** realiza control integral sobre la aplicación del principio de oportunidad, **vi)** decide la pertinencia y admisibilidad de la prueba (artículos 375 y 376) y, **vii)** realiza control sobre los acuerdos probatorios (artículo 356, numeral 4º)”.

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Vid. BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.

Conforme a lo anterior, el juez y el Ministerio público pueden complementar el interrogatorio de testigos en el proceso, sin que resulte contrario al debido proceso, sino manifestación de la especificidad de nuestro orden procesal penal constitucional y también, mucho, del poder de libre configuración del legislador en esta materia.

Naturalmente, cosa que también se ha dicho, esta atribución no representa un poder absoluto, de modo que su ejercicio debe coherer con todos los demás bienes constitucionales. Así, retomando los criterios que atendió la Corte constitucional a la hora de enjuiciar una norma jurídica de carácter legal sobre un asunto donde el legislador tiene amplio poder de configuración normativa, encuentra que en lo regulado en el art. 398: **a)** La ordenación atiende los principios y fines del Estado, pues al habilitar al juez y al Ministerio público a formular preguntas que completen el cabal entendimiento del caso, es claro que se procura que la prueba testimonial revele de manera más diáfana, los hechos que se pretenden probar en el proceso, lo que a su vez representa una mejor comprensión de lo sucedido y mejores opciones para resolver con justicia. **b)** No atenta contra el debido proceso del acusado, ni contra los derechos de las víctimas, pues el cabal entendimiento del asunto, precisamente está aludiendo a conocer mejor lo sucedido, en términos de hechos, de responsabilidad y de daños causados.

También porque la intervención del juez y del Ministerio público ocurre, una vez se han terminado los interrogatorios por las partes, es decir cuando ellas han agotado la oportunidad de formular las preguntas, según las reglas previstas en el C.P.P., en especial artículos 390 y siguientes. O sea que en caso de echar mano de esta facultad, no suplantando a las partes, no interrumpen la forma como cada una de ellas pretende construir la declaración del testigo. Su intervención, bien la del juez, bien la del Ministerio público, tiene como propósito lo que de manera clara establece el precepto, esto es, formular las preguntas complementarias que

se estimen pertinentes para el cabal entendimiento del caso. **c)** Se trata, por demás, de una medida razonable y proporcional pues, no supone una alteración radical ni siquiera significativa del principio de igualdad de armas, que ocurre en un momento oportuno, cuando el testigo está en la audiencia, con un objeto, el complementar la declaración, para una finalidad legítima cual es, como tantas veces se ha repetido, el cabal entendimiento del caso. **d)** Del mismo modo, facilita la realización material de los derechos y bienes jurídicos objetivos que interesan al proceso, pues, con la autorización reconocida por el artículo 397 para el juez y el Ministerio público, lo que se busca no es otra cosa que mejorar esa aprehensión del caso por parte del juez de conocimiento y la capacidad de administrar justicia.

Por ello, ocurre una vez terminados los interrogatorios de las partes, pues, sólo en este momento aquéllos pueden reconocer la información y precisión que falta en la declaración rendida frente a los hechos relevantes al proceso. Y en lo que concierne al juez, además de enfatizar en la preservación de su imparcialidad objetiva y subjetiva como supuesto indiscutible de la administración de justicia en del Estado de Derecho (art. 13, 29, 229 CP), debe asegurar que sus preguntas complementarias sean claras y precisas y busquen que el interrogatorio sea leal y completo (art. 392, infine C.P.P.)<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Señalaba en este sentido con acierto la Corte de Justicia, Sala de Casación Penal en sentencia del 4 de febrero de 2009 (Proceso No. 29415): "(...) materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico./La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema, en el cual la incorporación de los hechos al litigio está exclusivamente en manos de aquellas, evitando de esa manera que el juicio se convierta, como ocurre en los sistemas procesales con tendencia inquisitiva, en un monólogo del juez con la prueba bajo el pretexto eufemístico de la búsqueda de la verdad real, pues el esquema acusatorio demanda un enfrentamiento, en igualdad de condiciones y de armas, entre las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra argumentos,

#### **4.6 CRITICA A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA DE OFICIO CORTE DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL SENTENCIA RADICACIÓN NO. 24468 DEL 30 DE MARZO DE 2006 M.P. DR. EDGAR LOMBANA TRUJILLO**

Salvo mejor criterio, consideramos que la Sala de Casación Penal al proferir la sentencia de casación No. 24468 del 30 de marzo de 2006, yerra, en dos aspectos fundamentales: El primero de ellos, al solucionar el problema jurídico planteado, con la tesis de la inaplicación, por vía de inconstitucionalidad del artículo 361<sup>112</sup> del C.P.P., consideramos que se trata de una decisión con la que, desafortunada e inevitablemente, se pretende consolidar la estructura del sistema penal oral acusatorio puro inexistente<sup>113</sup>, cuando lo cierto es que, en nuestro territorio patrio, se implemento un sistema procesal penal con tendencia acusatoria -modulado-; afirmación que emerge de la propia normativa constitucional (Arts. 1º, 2º, 15, 21, 93, 229 y 250)<sup>114</sup> desarrollados por la línea jurisprudencial de nuestra honorable Corte Constitucional, pronunciamientos de cierre constitucional que permiten, la intervención activa, con amplias facultades,

---

desarrollado ante un tercero que decide objetiva e imparcialmente la controversia”.

<sup>112</sup> Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

<sup>113</sup> BACHMAIER WINTER, Op. cit.

<sup>114</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 del 3 de Abril de 2002. M.P. Drs. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Fundamento 4.1, bajo el título:

"Los derechos de la parte civil a la luz de la *Constitución*", la Corte analizó de manera particularizada cada una de las disposiciones constitucionales enunciadas para deducir de cada una de ellas alguna prerrogativa de las víctimas en el proceso penal. En particular sobre los artículos 15 y 21 como eventuales fuentes constitucionales de derechos de las víctimas de los delitos señaló: "Finalmente, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica reconocidos a las víctimas o perjudicados por un hecho punible, pueden tener como fundamento constitucional otros derechos, en especial el derecho al buen nombre y a la honra de las personas (arts 1º, 15 y 21, CP), puesto que el proceso penal puede ser la única ocasión para que las víctimas y los perjudicados puedan controvertir versiones sobre los hechos que pueden ser manifiestamente lesivas de estos derechos constitucionales, como cuando durante el proceso penal se hacen afirmaciones que puedan afectar la honra o el buen nombre de la víctimas o perjudicados". Ese mismo soporte constitucional fue reiterado en la sentencia C-209 de 2007, Fundamento 3, al señalar: "De conformidad con lo anterior, corresponde a la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos: Si a la luz de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación derivados de los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229, y 250 de la Carta (...)".

a la víctima<sup>115</sup> bajo el rotulo de interviniente especial protegido, ocurriendo otro tanto, con el Representante del Ministerio Público<sup>116</sup> -interviniente “principal” y “discreto-”<sup>117</sup> intervinientes principales, que desde luego, no tienen cabida en el pretendido sistema penal oral acusatorio puro -de partes-; puntualizado lo anterior, no encontramos razón alguna, valida, para que, en punto al tema probatorio, cuyo eje central gira en torno a que la prueba debe aportarla al juicio el Ente Acusador o el defensor; excepcionalmente, el Juez penal de conocimiento, además, del marco constitucional, legalmente está habilitado para decretar pruebas de oficio<sup>118</sup>, no en aras, de subsanar, las falencias en que haya incurrido la fiscalía en su deber de buscar la verdad<sup>119</sup> y eventualmente la defensa; sino, en estricto cumplimiento a los loables postulados de alcanzar la verdad material y

---

<sup>115</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C-454 del 7 de Junio de 2006. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, se facultó a la víctima, entre otras, a pedir pruebas de manera directa y sin intermediarios; Sentencia C-209 de 21 de Marzo de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa: “...La efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) **el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal**, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria..”; **C-516 de 11 de Julio de 2007, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño: “...Concepción amplia de los derechos de las víctimas:** Los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia, no restringida exclusivamente a una reparación económica, sino que incluye garantías como los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de los daños sufridos...”

<sup>116</sup>GÓMEZ SIERRA, Op. cit., Art. 250, parágrafo y 277; 111 Funciones del Ministerio Público, 112 Actividad Probatoria y 184, párrafo 2º del C.P.P. -Presentar en sede de casación penal el recurso de insistencia.

<sup>117</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-966 de 21 de Octubre de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y Corte Constitucional C-144 de 3 de Marzo de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>118</sup> No se pierda de vista que en la Sentencia de Casación Penal con Radicación **No. 24468 de 30 de Marzo de 2006**, la actuación del juez de conocimiento, en desarrollo del Juicio oral, en buena técnica procesal, **NO corresponde a un decreto oficioso de prueba**, sino que, obedece a una decisión mediante la cual se resolvió una solicitud probatoria, extemporánea, de una parte -La Fiscalía-.

<sup>119</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de Diciembre de 2007. Proceso No. 28432, M.P. Dra. María del Rosario González de Lemus.  
...La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquel, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico conforme con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal...”.

con fundamento en ello, impartir justicia; cuando, con mejor acierto, el artículo llamado a perder sus efectos legales-procesales de orden probatorio, lo es el artículo 346<sup>120</sup> ibídem; al consagrar **una sanción para la parte** -condición subjetiva- que incumpla el deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento, norma que al ser aplicada de forma gramatical, lamentablemente, produce efectos que atenta contra el debido proceso - probatorio-, pues, de manera directa cercena gravemente la estructura del sistema procesal penal vigente, en la medida en que, los elementos probatorios, evidencia física ó material sensible de prueba que han sido recaudados en legal forma como resultados de actos de investigación no pueden ser excluidos de plano, por omisión o error involuntario de quien detenta el haz probatorio y no anuncio su descubrimiento en las instancias procesales reguladas, para tal fin, por los artículos 344<sup>121</sup> y 357<sup>122</sup> del Código penal adjetivo; téngase en cuenta que, la norma objeto de análisis, parte de la base inobjetable y cierta, de que los elementos probatorios deben estar en poder de las partes; antes<sup>123</sup> de darse inicio a la audiencia del Juicio Público Oral, concentrado y contradictorio; los que debieron ser descubiertos, pero que no lo fueron, le corresponde, entonces, al Juez ejercer su función de velar porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación<sup>124</sup>, actividad procesal que da inicio a la trascendente, oportuna y efectiva intervención del Juez Penal de Conocimiento, conservando su imparcialidad, en la medida en que su actividad

---

<sup>120</sup> **Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento.** Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

<sup>121</sup> Inicio del descubrimiento.

<sup>122</sup> Solicitudes probatorias.

<sup>123</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Op. cit., Art. 344, párrafo 4º.

Hipótesis que excluye la figura probatoria de **“La Prueba sobreviniente”**, pues, de no ser así, sí ellas sobrevienen durante la etapa del juicio con carácter transcendente, previa la consideración del perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y a la integridad del juicio, el Juez decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

<sup>124</sup> Ibid., Art. 344, párrafo 3º.

procura que las partes arrimen al proceso un adecuado acervo probatorio para que, mediante el ejercicio del contradictorio, el fallador quede en mejores condiciones, para proferir, con mayores elementos objetivos de juicio, una sentencia dentro del marco de la **verdad y justicia** material<sup>125</sup>.

Entonces, la interpretación sistemática de la norma, nos permite arribar a la aplicación correcta del artículo 346 del C.P.P., señalando, prima facie, que existe aval de orden legal en el artículo 10 del C.P.P. cuando consagra:

...**Actuación procesal.** La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y **la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia.** En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial<sup>126</sup>...El juez de control de garantías y **el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares** no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes...”. Negrillas nuestras

Nótese como ésta norma, con fuerza y obligatoriedad propias de las normas rectoras, refleja la voluntad y preocupación del legislador en proporcionar al operador judicial, los instrumentos jurídicos necesarios para atender el imperativo de rango constitucional sobre **la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia**, dentro del marco de respeto al **Bloque de Constitucionalidad y la prevalencia del derecho sustancial**; a través de la figura de la **corrección de actos irregulares**, la que legalmente faculta al Juez Penal de Conocimiento, para que con su autorización, la parte solicitante, subsane la deficiencia probatoria que por su inexperiencia, negligencia, olvido o error involuntario omitió anunciar ó descubrir y que se encontraba en su poder; petición que, desde luego, deberá ser valorada por el juez dentro de los postulados de la Lealtad Procesal, Necesidad, Ponderación y Legalidad, en procura de evitar, precisamente, excesos contrarios

---

<sup>125</sup> *Ibíd.*, Art. 5º C.P.P.

**Imparcialidad.** En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la **verdad** y la **justicia**. Norma rectora.

<sup>126</sup> A no dudarlo que la característica del tema probatorio, en el actual sistema procesal penal, es de carácter **sustancial**, como quiera que sobre el mismo ha de fundamentarse la sentencia judicial.



a la función pública, especialmente a la justicia, logrando de esta manera la eficacia material de la misma.

Por su parte el artículo 15 del C.P.P. “Contradicción” en su párrafo 2º proclama: “...Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, **por conducto del juez de conocimiento**, suministrar **todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia**, incluidos los que sean favorables al procesado...”; se destaca que del precepto emerge la claridad del mandato, que no admite discusión alguna, en cuanto a que, su correcta aplicación, **obliga** a la Fiscalía General de la Nación, procesal y probatoriamente a enunciar o descubrir en su escrito de formulación de acusación, **todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia**<sup>127</sup>, independientemente, de que en la Audiencia Preparatoria, el Fiscal ó la defensa, seleccionen estratégicamente, el material sensible de prueba que consideren suficientes para estructurar su teoría del caso y con fundamento en él, aniquilar ó conservar la presunción de inocencia del acusado.

Esta exigencia de orden probatorio, la entendemos, como un mecanismo idóneo que le permite al Juez Penal de la causa, avizorar ex ante, plenamente las fuentes del conocimiento<sup>128</sup>, inmersas en los elementos materiales de prueba recaudados legalmente -por las partes- de los cuales, de conformidad con la situación fáctica y el juicio de adecuación típica, que llegan a su conocimiento, anticipadamente, por efectos del Escrito de Formulación de Acusación, le ofrece la oportunidad al Juez, de proyectar y perfilar, qué pruebas son necesarias, útiles y pertinentes, no para

---

<sup>127</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal - Sala de Tutela. Sentencia del 12 de Diciembre de 2006.

“...Por el contrario, es el propio código el que garantiza la confidencialidad de la actuación de la fiscalía, en cuanto solo la obliga a descubrir su arsenal probatorio en desarrollo de la audiencia de formulación de la acusación, salvo en el caso del artículo 306, es decir, cuando solicita la imposición de medida de aseguramiento...”.

<sup>128</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Op. cit., Art. 382. “...**Medios de conocimiento**. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico...”.

satisfacer los intereses de las partes -interés particular-, sino, para satisfacer los intereses superiores de impartir una verdadera justicia material -interés general-.

Ahora bien, el conocimiento de los hechos y los cargos por los que se convoca a juicio, si bien son objeto del debate probatorio, propio del juicio, inevitablemente son conocidos por el Juez de la causa, desde el mismo momento en que, por efectos del reparto, avoca el conocimiento del Escrito de Formulación de Acusación y da inicio a la etapa del Juicio, tal circunstancia de orden procesal, en manera alguna, puede ser interpretada como una contaminación del fallador, menos, atentatoria del principio de imparcialidad, cuando, muy por el contrario, y en aplicación del sistema procesal penal vigente -Colombiano-, se da inicio a la actividad propia del director del Juicio Público, entre otras, las consagradas en los artículos 338 a 346 y 355 a 360 del C.P.P., función eminentemente de vigilancia y control sobre el tema y objeto de prueba<sup>129</sup>, aspectos que adquieren mayor relevancia en los artículos 357, 359, 360, 379, 380 y 381 ibídem.

Igualmente resulta aplicable el artículo 27<sup>130</sup> de la misma normatividad que pregona que los servidores públicos se ceñirán a criterios de **necesidad, ponderación, legalidad y corrección** en el comportamiento, **para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia**, téngase presente que el artículo 27 en cita, igualmente, tiene la categoría de norma rectora y en virtud de ello, es de aplicación obligatoria y prevalente<sup>131</sup> sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación. Con acertado criterio, el legislador penal adjetivo patrio, dentro de

---

<sup>129</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 5 de Diciembre de 2007. Proceso No. 28432, Op. cit. "...En el sistema acusatorio no pueden aceptarse verdades a medias ni imponer una sanción con suposiciones o conjeturas", baste precisar, en primer lugar, que la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal, como que se contrariaría la justicia como valor fundante de las sociedades democráticas, si la finalidad del proceso fuera la mentira, la falacia o el sofisma...".

<sup>130</sup> Moduladores de la actividad procesal.

<sup>131</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Op. cit., Art. 26. **Prevalencia.** Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación. Concordante con el artículo 93 de nuestra Carta Política. Derechos humanos y derecho internacional, cláusula de jerarquía.

la competencia funcional otorgada al Juez Penal de Conocimiento le asigna la de velar porque el descubrimiento probatorio, sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación, y desde este estadio procesal, evitar la falta de pruebas determinantes, con la finalidad de decretarlas en la audiencia preparatoria, y que practicadas en el Juicio, le aporten al fallador, luego de su depuración a través del contradictorio, el grado de conocimiento procesal penal, más allá, de duda razonable<sup>132</sup> sobre la ocurrencia del hecho, sus circunstancias y la eventual responsabilidad penal o no, por la que se pueda condenar ó absolver al acusado, a través de una solución correcta del caso.

La norma en cita se constituye en tercer aval de orden legal, para afirmar que resulta equivocada la tesis de que el Juez Penal de Conocimiento, pierde su imparcialidad y consecuentemente menoscaba el principio del In dubio Pro reo, cuando decreta pruebas de oficio, pues, quienes así lo consideran, desconocen los alcances procesales diferenciales que comporta el hecho de decretar pruebas de oficio, y otro bien distinto, el de practicarlas, carga que, sin lugar a dudas le corresponde a las partes, en el debate probatorio, que tiene lugar mediante el ejercicio del contradictorio, mecanismo que tiene como finalidad, la aplicación del principio probatorio de la Inmediación, a través del cual el Juez da inicio a su compleja labor cognoscitiva de apreciación de la prueba sobre la cual fundamentara su sentencia<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 5 de Diciembre de 2007. Proceso No. 28432, Op. cit.

“...En efecto, la convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido...”.

<sup>133</sup> Ibid.

“...En punto de la garantía de motivación de las decisiones, y con ella del debido proceso, el numeral 4º del artículo 162 de la Ley 906 de 2004 señala los requisitos que deben contener los autos y sentencias, así: “Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”, de donde se concluye que si las providencias carecen de motivación, o ésta es incompleta, ambigua, equívoca o soportada en supuestos falsos, no sólo quebrantan el derecho de los intervinientes a conocer sin ambages el sentido de la decisión, sino que también imposibilitan su controversia a través de los medios de impugnación, con lo que, sin duda alguna, se lesiona el derecho al debido proceso, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 457 del citado estatuto procesal penal constituye causal de invalidez de la actuación viciada...”.

Con fundamento en la anterior argumentación y respecto del primer yerro anunciado al inicio de esta disertación, se concluye: **(i)** Que en buena técnica procesal penal, no existió el decreto de prueba Oficiosa, por cuanto la recepción del testimonio de la menor **K...J...M...M...**, se elevo por petición de parte - Fiscalía-; **(ii)** Que la actuación del Juez de Conocimiento, única y exclusivamente se limitó a resolver la solicitud extemporánea de una práctica de prueba, por lo tanto, procesalmente resulta errónea la selección del artículo 361 del Código Penal adjetivo, para despachar la petición probatoria; **(iii)** Que las normas rectoras contenidas en los artículos 10, 15 y 27 del C.P.P., legalmente le permitían, al Juez de primera instancia, por vía de interpretación sistemática, inaplicar el artículo 346 del C.P.P., para solucionar de manera acertada el problema jurídico que planteaba el decreto extemporáneo de la prueba solicitada por la Fiscalía y **(iv)** Que no era necesario dar aplicación a la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de nuestra Carta Política, como quiera existía suficiente normatividad de orden legal aplicable para la solución del problema jurídico planteado, máxime cuando sobre este tópico la Honorable Corte Constitucional ha señalado:

...En virtud del principio de supremacía de la Constitución (Art. 4 C.P.), los procesos judiciales ordinarios son considerados escenarios en los que, debe primar el reconocimiento, protección y garantía de los derechos fundamentales. En consecuencia, las normas de la Carta Política y, en especial, aquellas que prevén tales derechos, constituyen parámetros ineludibles para la decisión judicial...la que debe ser compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución<sup>134</sup>.

El segundo yerro que se advierte en la Sentencia de casación penal, objeto de análisis **-Radicación No. 24468 de 30-3-2006-** hace referencia, a la vulneración de las formas propias del juicio, las que necesariamente hacen parte estructural del Debido Proceso, el que a su turno se erige en derecho fundamental, que

---

<sup>134</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-555 de 19 de Agosto de 2009, Ref. Expediente No. T-2263652. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

resulta vulnerado, de manera trascendente, cuando la Honorable Sala de Casación Penal señala:

...Esa postura del Ministerio Público es legítima en términos constitucionales y legales, según lo visto, pues, el numeral 7º del artículo 277 de la Constitución Política asigna al Procurador General de la Nación y a sus agentes la función de -intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales-...Y en desarrollo de ese precepto superior el inciso final del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, dispuso que el Ministerio Público podrá excepcionalmente solicitar la práctica de alguna prueba relevante, que no hubiesen solicitado las partes.

De ese modo, el ingreso del testimonio de **K...J...M...M...**, al caudal probatorio se tornó jurídicamente viable; y siendo, sin duda alguna, pertinente, el Juez podía decretarlo, igual que sí hubiese sido una solicitud original del Ministerio Público...En síntesis, como el delegado del Ministerio Público ofreciendo pluralidad de razones legales y constitucionales coadyuvo la solicitud del testimonio de la niña **K...J...M...M...**, y esta prueba era pertinente, su decreto y practica por el juez era posible y por lo tanto, la prueba no quedo viciada de ilegalidad. Además, no se transgredió el derecho a la defensa porque el abogado de **Esley Alfredo Ávila García** tuvo la oportunidad de intervenir en la práctica del testimonio, se verificaron las pautas del interrogatorio cruzado (artículo 391 de la Ley 906 de 2004), y la controversia se efectuó sin restricción alguna...<sup>135</sup>.

De lo señalado, en nuestro criterio, resulta evidente que la Sala de Casación Penal, vulnera el debido proceso, al desconocer, no solamente, la aplicación del artículo 276<sup>136</sup> del C.P.P., sino también, por desconocimiento de los estancos procesales propios de las Audiencias Públicas del Juicio Publico Oral y contradictorio, entre ellas, la Audiencia Preparatoria, en lo atinente a las solicitudes probatorias reguladas por el artículo 357 del C.P.P., concretamente en su párrafo cuarto, cuando señala: "...Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, sí el Ministerio Público tuviere conocimiento de la

<sup>135</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 24468 30 de marzo de 2006, Op. cit., p. 45, párrafo 4º y p. 46, párrafos 1º y 2º.

<sup>136</sup> Legalidad. La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre los derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.

existencia de una prueba no pedida por estas que pudieren tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitara su práctica...”.

Obsérvese como la autorización que otorga la norma, para que el Representante del Ministerio Público ejerza la facultad probatoria, lo es de manera excepcional y única y exclusivamente en desarrollo de la **Audiencia Preparatoria**, redacción e interpretación de la norma que por ser supremamente clara, no admite interpretación diferente, por lo tanto, al ejercerse esa facultad reglada en la Audiencia del Juicio, la misma se torna en ilegal, precisamente, porque la prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba<sup>137</sup>, labor de discernimiento que se omitió realizar sobre la aducción de la prueba, por parte del Juez de Primera, Segunda Instancia y la misma Sala de Casación Penal, que en su disertación cubre la ilicitud de la prueba, bajo el ropaje de la pertinencia de la misma, falencias de interpretación objetiva, que abono el terreno del error, para que la Sala de Casación Penal concluyera: “...En síntesis, como el delegado del Ministerio Público ofreciendo pluralidad de razones legales y constitucionales coadyuvo la solicitud del testimonio de la niña **K...J...M...M...**, y esta prueba era pertinente, su decreto y practica por el juez era posible y por lo tanto, la prueba no quedo viciada de ilegalidad...”; destacamos, que la Sala de Casación Penal, guardo prudente silencio, sobre la oportunidad procesal ó extemporaneidad de la coadyuvancia probatoria del Ministerio Público, para obtener el decreto y practica

---

<sup>137</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de Marzo de 2005, Radicado No. 18.103 M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

de una prueba cuya petición y desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley<sup>138</sup>, actuación procesal de primera y segunda instancia, que en verdad, se constituye en fuente de razón suficiente para invocar la causal tercera de casación, y acusar la sentencia por haber violado de manera indirecta la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad al otorgarse mérito a una prueba que no reunía los requisitos establecidos en la norma que regulaba su rito, lo que inexorablemente, conlleva al menoscabo de los artículos 29 de la Carta Política, 5, 7, 23 del C. de P.P. por la no aplicación de los artículos 276 y 357, párrafo 4º *ibídem*.

Téngase en cuenta, que el error de derecho por falso juicio de legalidad de que trata la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual se reportan “nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso”, imperativo que se reproduce en los artículos 23 y 455 -comprendidas sus salvedades- del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 360 *eiusdem* en lo correspondiente con los elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto-sanción de “inexistencia jurídica” y por ende de exclusión cuando de pruebas “ilícitas” o “ilegales” y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate.

Precisamente sobre el tema de la prueba “ilícita” o “ilegal” la misma Honorable Corte de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sentencia del 2 de Marzo de 2005, Radicación No. 21422, M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés, indico:

...El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida

---

<sup>138</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Op. cit., p. 47.

con violación del debido proceso... Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, **el debido proceso**, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

**La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida** y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, **sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales....** Negrillas nuestras.

Si bien la estructura del Recurso extraordinario de Casación Penal, se afianza en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, aún cuando, gocen de la doble presunción de legalidad y acierto, es propio en esta sede, analizar las censuras que atacan la ilicitud e ilegalidad probatoria, con la finalidad de determinar la procedencia o improcedencia de la exclusión de las mismas, pues, de darse la primera hipótesis, de suyo, se generan las inexistencias jurídicas de orden probatorio, las que dan al traste, con el grado de convicción y motivación que plasmo el Juez en su sentencia, precisamente, porque la motivación de la misma se realizó sobre medios de convicción que constitucionalmente se predicen “nulos de pleno derecho”, amén de que, igualmente, el decreto de la prueba testimonial de la menor **K...J...M...M...**, equivocadamente, rotulada como prueba de oficio, resultaba ser, a más de ilícita, ilegal, por no cumplir las exigencias de los artículos 29 de la C. Pol. y 276; 357 párrafo 4º del C.P.P.

...En efecto: si de acuerdo a los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de



carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias...<sup>139</sup>.

Es oportuno recordar que la apreciación de las pruebas por parte de los funcionarios judiciales se encuentra limitada: (a) Por la información objetiva que aquellas suministren, motivo por el cual no pueden ser pretermitidas o supuestas (falso juicio de existencia) ni tampoco es viable su adición, cercenamiento o tergiversación material (falso juicio de identidad). (b) Por la sujeción a las reglas de la sana crítica, so pena de incurrir en errores de hecho por falso raciocinio. (c) Por el valor que a determinados medios probatorios otorga la ley (juicio de convicción) y (d) Por la ponderación de si en su práctica o aducción se tuvieron en cuenta las exigencias dispuestas por el legislador (**juicio de legalidad**).

Por lo tanto, cuando se ha vulnerado la Constitucionalidad -artículo 29. Debido Proceso- y la legalidad -artículo 357 párrafo 4º Solicitudes probatorias-, en lógica jurídica resultaba acertado excluir la prueba testimonial de la menor **K...J...M...M...** de la actuación procesal, en consecuencia, se debió casar la sentencia, empero, como ello no ocurrió, además, de ser imprecisa, por la posición que adoptó la Sala de Casación Penal, respecto de su línea jurisprudencial; en consecuencia la Sentencia de Casación objeto de análisis académico, comporta causal genérica de procedibilidad<sup>140</sup> de la Acción de Tutela contra decisión judicial, máxime cuando nuestra Honorable Corte Constitucional al desarrollar su línea jurisprudencial, entre otras, argumentaciones similares ha sostenido:

...Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del

---

<sup>139</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de Marzo de 2005, Radicación No. 21422. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

<sup>140</sup> Termino que corresponde al avance jurisprudencial que ha llevado a la Corte Constitucional a remplazar '(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho. Sentencia T-774 de 13 de Agosto de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución...<sup>141</sup>.

...Así, entonces, este Tribunal Constitucional ha sostenido invariablemente que la acción de tutela procede para estudiar la validez constitucional de decisiones judiciales que constituyen vías de hecho. Cabe recordar que esta tesis surge de la aplicación directa de los artículos 2º, 4º, 5º y 86 de la Constitución, por cuatro razones principales: La primera, porque la salvaguarda de los derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho prevalece y resulta obligatoria para todas las autoridades públicas, sin excluir a los jueces. Debe recordarse que uno de los fines esenciales del Estado constitucional es reconocer la eficacia de los derechos y deberes fundamentales, de ahí que su protección y garantía ocupa una posición preponderante en la estructura funcional y orgánica de la Administración. La segunda, porque los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, los cuales constituyen una razón suficiente para negar la tutela contra providencias judiciales, no autorizan violar la Constitución ni legitiman decisiones que contrarían esos mismos principios y las reglas constitucionales básicas que les dan fundamento. Así, es evidente que una vía de hecho constituye una clara amenaza a la seguridad jurídica y a la estabilidad del ordenamiento jurídico, por lo que la defensa en abstracto de esos principios puede, al mismo tiempo, quebrantarlo en el caso concreto. La tercera, porque, por ningún motivo, la autonomía judicial puede confundirse con la arbitrariedad judicial, de ahí que la independencia y autonomía del juez únicamente ampara las decisiones adoptadas dentro de los parámetros legales y constitucionales, pues esas garantías no significan autorización para violar la Constitución. Finalmente, porque el principio de separación de jurisdicciones no implica el distanciamiento de la legalidad y la constitucionalidad. Por el contrario, el artículo 4º de la Carta es claro en señalar que la Constitución es norma de normas y, por consiguiente, ella debe informar todo el ordenamiento jurídico y, en especial, es exigible en la aplicación e interpretación de la ley...<sup>142</sup>.

Concluyendo el análisis procesal, entendemos que los errores advertidos en la precitada sentencia de Casación Penal, y la consecuente configuración de causal genérica de procedibilidad por defectos: **(i) Sustantivo**<sup>143</sup>, que se presenta cuando la decisión se adopta en consideración con una norma indiscutiblemente

---

<sup>141</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1031 de 27 de 2001. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett. En este caso la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando 'su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.

<sup>142</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-395 de 24 de 2010. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>143</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 6 de Marzo de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

inaplicable; **(ii)** Fáctico<sup>144</sup>, que ocurre cuando el juez falla sin el sustento probatorio suficiente para aplicar las normas en que se funda la decisión; y **(iii)** Procedimental cuando el juez actúa desconociendo el procedimiento o el proceso debido para cada actuación, jurisprudencialmente la Honorable Corte Constitucional ha sentenciado: "...Defecto procedimental absoluto: falencia que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. Igualmente, la concurrencia del defecto procedimental tiene naturaleza cualificada, pues se exige que se esté ante un trámite judicial que se haya surtido bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responde únicamente al capricho y la arbitrariedad del funcionario judicial y, en consecuencia, desconoce el derecho fundamental al debido proceso<sup>145</sup>; fueron consecuencia de la equivocada interpretación y aplicación de los artículos 276, 357, párrafo 4º y 361 del C.P.P., cuando la correcta solución a la petición de la práctica de prueba testimonial extemporánea estaba dada por el mismo código de procedimiento penal en sus artículos 10º, 15, 26, 27 y 346, sin necesidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la C. Pol.; en lo concerniente a la interpretación del artículo 361 que se ha plasmado en la sentencia de casación penal, tantas veces citada, será objeto de estudio en el siguiente capítulo V.

#### **4.7 EXCEPCIÓN AL DECRETO DE PRUEBA DE OFICIO EN SEDE DE TUTELA**

Dada la trascendencia del tema, resulta pertinente destacar la necesaria aplicación del **principio de oficiosidad probatoria**, por parte del señor **Juez de Tutela**, por tratarse de una acción de carácter informal que le permite al ciudadano lego en derecho demandar ante los Jueces la protección de los

---

<sup>144</sup> Ibíd. Define el defecto fáctico como "la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas.

<sup>145</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-993 del 23 de Octubre de 2003. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

derechos fundamentales que considere amenazados ó vulnerados, sobre el particular, la Corte Constitucional en la Sentencia **T-288** de **1997**, al fijar los alcances del **artículo 86** superior, manifestó lo siguiente:

...La acción de tutela tiene un carácter informal que, por su misma naturaleza, riñe con toda exigencia sacramental que dificulte el sentido material de la protección que la Constitución quiere brindar a las personas por conducto de los jueces. Ese mismo carácter se refleja en un segundo principio, **el de oficiosidad**, que exige del juez de tutela, en ejercicio de su función constitucional, un papel activo, no sólo en la interpretación de la solicitud de amparo -recuérdese que la persona que ejerce la acción no requiere ser experta en Derecho ni pulir extraordinariamente su lenguaje para acceder a la administración de justicia-, sino **en la búsqueda de los elementos que le permitan comprender a cabalidad cuál es la situación que se somete a su estudio**, para evaluarla a la luz del ordenamiento fundamental -que se presume conoce- y para adoptar una decisión justa que contemple la integridad de la problemática planteada y le dé solución adecuada con miras a proteger efectiva e inmediatamente los derechos afectados...

A la cual se agrega que, con arreglo al artículo 22, el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, **podrá proferir el fallo sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas, lo cual no significa que pueda fallar sin pruebas o según el capricho de su apreciación o subjetiva sino que las pedidas pierden utilidad para la protección del derecho si ya es evidente o innegable que el derecho fundamental sufre afrenta o corre peligro**... la decisión de fondo que adopte **debe ser el resultado de la búsqueda que el mismo haya hecho, oficiosamente, sobre aquéllos aspectos del asunto que no le fueron entregados por el actor en la demanda**.... Negrillas y subrayado fuera de texto.

La Honorable Corte Constitucional reitera: "...El papel del juez en esta materia, dado el sentido protector de la institución, no puede ser idéntico al que se cumple ordinariamente en los asuntos judiciales propios de los demás procesos..."<sup>146</sup>.

...Corresponde a los jueces la tarea de buscar, como lo indican las normas citadas y otras del Decreto 2591 de 1991, las informaciones preliminares mínimas para administrar justicia dentro de su competencia, en orden a garantizar la efectividad de los derechos constitucionales

---

<sup>146</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Expediente T-125998. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, 13-06-97.

fundamentales. Dejar de lado las vías que la ley otorga al juez para llegar a una convicción cierta en relación con el caso materia de la solicitud de tutela, equivale a convertir en ilusorio y vano un mecanismo instituido precisamente con el fin deliberado de acercar la teoría del ordenamiento jurídico a la realidad...<sup>147</sup>.

El principio de oficiosidad del decreto y práctica de pruebas, por parte del Señor Juez de Tutela, es ratificado por el **Decreto 2591 de 1991** en su **artículo 32** cuando consagra:

...**Trámite de la impugnación.** Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente. El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. **El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas** y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente.... Negrillas y subrayado fuera de texto.

Con el ejercicio de la oficiosidad del decreto de práctica de pruebas por parte del Juez de tutela se garantiza el acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Carta Política y de contera la materialización de los principios de justicia e igualdad invocados en el Preámbulo de la Constitución Política y de los postulados que plasman sus artículos 1º (respeto de la dignidad humana), 2º (garantía de la efectividad de los derechos constitucionales como fin esencial del Estado) y 5º (reconocimiento constitucional de los derechos individuales de la persona sin discriminación alguna), lo cual implica que el juez de tutela debe asumir una posición diligente y eficaz para lograr explicar o encontrar el sentido de la petición de amparo.

Consideramos que se hace necesaria la creación de una categoría de Jueces que asuman los trámites propios de la Acción de Tutela, como una forma adecuada de

---

<sup>147</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera de Revisión. Sentencias T-459 del 15 de Julio de 1992 y T-501 del 21 de Agosto de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

depurar el paradigma de los Jueces Penales de Conocimiento que tienden a recurrir a la oficiosidad probatoria en el actual esquema procesal penal de cuarta generación por efectos de la predeterminada ideología o cultura jurídica y de contera, se alivia la carga laboral de los Despachos Judiciales, para que se ocupen de los procesos ordinarios asignados a su conocimiento por efectos de la competencia funcional.

#### **4.8 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS SENTENCIAS 24468 DEL 30 DE MARZO DE 2006, PROFERIDA POR LA CORTE DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Y LA SENTENCIA C-397 DEL 23 DE MAYO DE 2007 PROFERIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL**

El núcleo del estudio de este aparte, lo constituye el paralelo comparativo entre la sentencia **24468** del **30** de **marzo** de **2006** proferida por la Corte de Justicia, Sala de Casación Penal, con ponencia del **Dr. Edgar Lombana Trujillo**, la que tiene como génesis el defecto de interpretación que el Juez Penal del Circuito de Conocimiento, le otorga al contenido del artículo 361 del C.P.P., norma de la que en consecuencia, el máximo Tribunal en ejerció de sus funciones y una de las finalidades en sede de casación penal **-la efectividad del derecho material constitucionalizado-**, realiza constitucionalmente la interpretación que comporta la norma de orden legal en discusión y en consecuencia, su correcta aplicación, con el propósito de conservar el orden jurídico justo y de otro lado la sentencia **C-396** del **23** de **Mayo** de **2007**<sup>148</sup>, proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del **Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el **artículo 361** del C.P.P., entre otras normas acusadas por vía constitucional, con la finalidad de salvaguardar los principios del Debido Proceso en sus expresiones de: Igualdad de Armas, Igualdad en el Acceso a la Justicia y de Imparcialidad del Juez a través de su neutralidad probatoria.

---

<sup>148</sup> Con Salvamento de voto del Magistrado, Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Delimitado el tema, prima facie consideramos, que la interpretación de rango constitucional que hace el máximo organismo de cierre en materia penal, en jamás de los jamases, desestabiliza o fisura la estructura del actual sistema Penal Oral Acusatorio modulado, pues, simplemente, de lo que se ocupa es, además, de lograr el desarrollo y avance del derecho por vía jurisprudencial **-tal como en otras oportunidades lo ha hecho a través de su línea jurisprudencial la Corte Constitucional-**, es despejar el camino jurídico para que los operadores judiciales, en ejercicio de su loable función de administrar justicia lo hagan de manera material y uniforme dentro del marco de una justicia constitucional, en tanto que, el criterio mayoritario adoptado por el órgano constitucional, lamentablemente, representa un retroceso, en la medida en que cercena la capacidad de raciocinio y de análisis de los jueces al momento de resolver sus casos concretos; prácticamente su discrecionalidad, pregonada cuando se habla de la independencia y la autonomía de parte de quienes integran el Poder Judicial, quedó puesta en entredicho, así mismo se subordinó el Derecho sustancial al adjetivo, con lo que el juez pasó a ser un convidado de piedra en la litis, y se le margina en procurar, ante todo en el desempeño de su misión-oficio: hacer efectiva la justicia material, que es un mandato del Constituyente de 1991.

Ahora bien, del postulado del Debido Proceso, que entendido y aplicado en su correcta dimensión constitucional, de entrada enerva la hipótesis de los detractores de la postura de la Sala de Casación Penal, quienes razonando equivocadamente, afirman que se trata de un fallo bastante polémico, como quiera que enerva una de las características fundamentales del actual sistema procesal penal, como lo es la separación funcional entre las labores de investigación asignadas al Fiscal y los actos de juzgamiento actividad que le corresponde al Juez Penal de Conocimiento, tesis, que dentro del ámbito de la democracia es respetable, pero que no compartimos, pues, resulta de bulto, que los abanderados de la misma, desconocen que nuestro proceso penal colombiano desde el **7 de Julio de 1991** es constitucionalizado, por lo tanto, el Juez

Penal **-bien sea con función de control de garantías ó de conocimiento-** dejan de ser legalistas para ser constitucionalistas, entre otros aspectos, porque así lo exige el nuevo sistema procesal penal, además, es evidente la desorientación que respecto de las facultades probatorias, la Carta Política le otorga a los Jueces y finalmente se encuentran inmersos en el laberinto propio de la confusión que les genera los conceptos de **“Decretar la Práctica de pruebas de oficio”** con el de **“La práctica de pruebas de Oficio”** alocución última que ni siquiera está regulada por el C.P.P.

Quienes se oponen al contenido visionario de la Sentencia de casación penal y por ende se matriculan en las filas de la sentencia de la Corte Constitucional, olvidan que la función de la elaboración jurídica positiva que realizó la Sala de Casación Penal, tiene como fundamento la fuerza vinculante, que genera el moderno **“principio de constitucionalidad”**, el que se constituye, en punto de partida, desde el cual es menester realizar el análisis objetivo, académico y progresista del derecho en su expresión amplia, de las posiciones jurídicas asumidas por la Corte Constitucional en su Sentencia **C-397** del **23 de Mayo de 2007** y la proferida por la Sala de Casación Penal, en su Sentencia de Casación Penal **No. 24468** del **30 de Marzo de 2006**, y dentro de este contexto, estar en capacidad de discernir cuál de las dos sentencias comporta mayor tendencia al formalismo jurídico, sendero por el cual se propicia un exagerado culto a un dogmatismo, poco eficiente en materia constitucional.

Desde ya anticipamos que nuestra posición sobre el asunto objeto de debate, no puede ser otra que, la de afirmar que en manera alguna se quebrantan las garantías de orden sustancial y procesal que en materia penal consagra nuestra Carta Política, tales como el **Debido Proceso**, en sus expresiones de: Igualdad de armas, Igualdad en el Acceso a la Justicia, Imparcialidad, Contradicción y separación funcional, cuando el Juez Penal de Conocimiento, en su calidad de Director de la etapa del Juicio Público oral y contradictorio decreta la práctica de



pruebas de oficio, en virtud del deber que tiene el Juez, en un Estado Social de derecho y Democrático de buscar en grado máximo la verdad, la protección de los derechos fundamentales y el deber de arribar en sus sentencias a decisiones material y formalmente justas.

Del apotegma universal del **Debido Proceso** ha de señalarse que obedece a una conquista del derecho, propio de regímenes democráticos, modernos y garantistas, del que lamentablemente no podemos pasar por alto, que en nuestro país, durante muchas décadas fue mancillado hasta el punto que el Constituyente de 1991 no escatimo esfuerzo alguno para elevarlo a rango constitucional en su modalidad de derecho fundamental de aplicación inmediata a las voces de los **artículos 29 y 85 literal “p”** de nuestra Constitución Política, normas superiores que de conformidad con el **artículo 93** ibídem integran el concepto de Bloque de Constitucionalidad<sup>149</sup> definido por nuestra honorable Corte Constitucional.

En reciente jurisprudencia la Corte Constitucional, refiriéndose al Debido Proceso señaló:

...El derecho al debido proceso tiene una doble connotación, la primera derivada de la Carta Política, denominado **debido proceso constitucional** y el segundo que emerge de la labor desarrollada por el legislador, denominado sencillamente debido proceso. Lo anterior, también encuentra sustento en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En materia penal esta garantía reviste especial importancia, teniendo en cuenta los bienes jurídicos que se encuentran en juego. **Por lo anterior, es necesario que en el momento de adoptar una decisión el juez cuente con todos los elementos de juicio que le permitan establecer la responsabilidad o la inocencia del sindicado. De allí la relevancia de garantizar su participación activa o representación dentro del proceso.**

---

<sup>149</sup> Sentencias C-574 del 28 de Octubre de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón; C-225 del 18 de Mayo de 1995, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; C-578 del 4 de Diciembre de 1995, C-358 del 5 de Agosto de 1997 y C-191 del 6 de Mayo de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El derecho a la defensa como parte del debido proceso, está comprendido como la facultad con la que cuenta la parte acusada dentro de un proceso, para disponer de asistencia técnica, bien a través de un profesional escogido por él o a través de uno asignado por el Estado, a ser informado a través de la notificación de las etapas del proceso, solicitar y controvertir pruebas, así como la posibilidad de instaurar recursos y elaborar así una sólida teoría del caso...<sup>150</sup>. negrillas fuera de texto.

De la cita jurisprudencial, se tiene entonces, que resulta inobjetable y necesaria la actividad probatoria del juez en materia penal y que la misma hace parte inescindible del concepto del debido proceso constitucionalizado, razón por la cual, resulta, no solamente, un desconocimiento del ordenamiento constitucional, sino también, un sofisma afirmar lo contrario, pues, no se debe perder de vista, la actual autorización que por vía jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional, se le ha otorgado a la víctima para que participe con amplias facultades en el desarrollo del proceso penal, al igual que la intervención del Agente del Ministerio público, actuaciones que en manera alguna pueden ser rotuladas, hoy en día, como atentatorias del debido proceso.

El debido proceso, en el contemporáneo Estado social, democrático y de Derecho, ha superado su desueta interpretación legal y formal para convertirse en constitucionalizado, estructura que le permite responder a las actuales necesidades que demanda la innovadora sociedad y satisfacer los fines sociales trascendentales, en los que el juez se constituye en un director activo del mismo con la finalidad de dar cabal cumplimiento a su función social, demarcada por la institucionalidad democrática participativa, orientada a la materialización de la Justicia, respetuosa de los derechos fundamentales, presupuesto para la correcta aplicación del debido proceso constitucional.

---

<sup>150</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-508 de 30 de Junio de 2011. Referencia Expediente N°. 2927070, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

El objetivo del derecho penal sustantivo es, sin lugar a duda, **la protección del Interés Público**, sancionando las conductas que lo lesionen gravemente o lo coloquen en peligro, por su parte, la finalidad del proceso penal no es otra que la realización de la justicia, cuya decisión, necesariamente, produce efectos en la estructura de la sociedad, de la institucionalidad y del mismo ordenamiento jurídico. Sobre este tópico, resulta notorio el retroceso argumentativo mediante el cual la Corte Constitucional zanja el problema jurídico respecto de la aplicación del artículo 361 del C.P.P.; contrario sensu, el razonamiento de la Corte de Justicia, Sala de Casación Penal corresponde al viviente derecho constitucionalizado, entre otras cosas, porque la incorporación de la norma en discordia en el ordenamiento jurídico, corresponde a un error de técnica legislativa, conclusión a la que se arriba del simple cotejo de la norma rectora consagrada en el artículo 5º del C.P.P. y el artículo 361 ibídem.

En torno a la necesidad de la prueba, la misma es fundamento de la máxima propia del proceso penal que nos señala que las sentencias judiciales necesariamente deben materializar la realización de la justicia. De ahí que estimemos connatural a la función judicial el despliegue de una labor social que es la que la fundamenta y la legítima al mismo tiempo.

El derecho deberá atender a la realización de la justicia en el caso concreto para que pueda efectivamente atender a la paz social. Y será precisamente el proceso la manera adecuada para procurar la verdad y la justicia, puesto que es por su intermedio, como diría Goldschmidt, que se manifiesta el derecho mismo<sup>151</sup>, sobre este tópico, resulta apropiado traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional, en la que se indicó que el fin del proceso debía ser, ante todo, la sentencia justa y no tan solo la cosa juzgada, en justificación de lo dispuesto por el artículo 2º superior. Se expresó en dicha providencia que: "... entre las alternativas de solución de un caso, el juez debe inclinarse por la que produzca el

---

<sup>151</sup> Goldschmidt, 1978, p. 281-297.

resultado más justo y resuelva de fondo la controversia dando prevalencia al derecho sustancial (Constitución Política, Preámbulo, artículos 2 y 228).

No cabe duda de que a la luz de la Constitución debe afirmarse como valor orientador de la actividad judicial el favorecimiento de la justicia material que se condensa en la consigna '*pro iustitia*'..."<sup>152</sup>, en el similar sentido es la argumentación de la sentencia **C-541** del **23** de **Octubre** de **1997**, **M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara**, en la que señalo algunas de las atribuciones del Juez: "...encaminadas a garantizar a toda persona la efectividad de un debido proceso, de manera que para este fin tiene la facultad de decretar y practicar aquellas pruebas que considere necesarias para adoptar la decisión que ponga fin al proceso, y que lleve al esclarecimiento de los hechos.

Así, entonces, su determinación será producto del análisis de la **verdad procesal**, la cual siempre **deberá ser lo más cercano posible a la verdad real...**" negrillas fuera de texto, jurisprudencia de contenido eminentemente intervencionista en materia probatoria que se le otorga al Juez, desde el ámbito constitucional, línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que resulta devaluada por su propia creadora en la desafortunada Sentencia **C-397** del **23** de **Mayo** de **2007**, pero loablemente, reconocida y defendida en la sentencia de Casación Penal **No. 24468** del **30** de **Marzo** de **2006**, exhortando, en su lugar, a que el Juez en calidad de Director del Juicio intervenga de manera activa en el proceso desde su mismo inicio, con la misión de atender a que la aplicación del derecho sustancial corresponda al cumplimiento de los principios y fines señalados en la Constitución.

El juez habrá de mostrarse, de esta forma, intervencionista allí donde se pongan en entredicho la justicia, la equidad, la paz social, la prevalencia del interés

---

<sup>152</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 del 1 de Octubre de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

general sobre el particular, el acceso a la Administración de Justicia, entre otros principios-valor. De manera que el juez debe perfilarse no únicamente garantista de los derechos del justiciable, del individuo, sino también “garantista de los intereses sociales”. En otras palabras, la intervención del juez-director del proceso se puede traducir mediante el decreto de pruebas de oficio, enmarcado en los postulados jurídico-políticos y axiológicos, entendiendo por proceso debido un instrumento sustantivo para el ejercicio de la función pública judicial.

Consideramos que el hecho de que el juez pueda llegar a ostentar, en un momento determinado, un cierto poder de discrecionalidad que le permita disponer de oficio de algunas pruebas dentro del proceso penal del que ya conoce por efectos del reparto del Escrito de Formulación de la Acusación y que no hayan sido solicitadas por las partes, pero sí anunciadas en la Audiencia de Formulación de Acusación, no necesariamente implica que el tipo de sistema procesal que se lo permita degenera peligrosamente en autoritario ni que se incurra en un “*gouvernement des juges*”. Acentuar el papel del juez en los diversos procedimientos de los que debe conocer resulta incluso conveniente, como bien lo ha demostrado el profesor Taruffo al señalar, desde el derecho comparado, cómo en varios ordenamientos democráticos modernos así se estila, sin ningún trauma o déficit para el sistema democrático-garantista.

Tal ocurre en sistemas jurídicos de tipo continental como en el caso francés, en virtud del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil; en el caso del artículo 37 de la Ley Procesal Federal suiza; en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil italiano con su reforma de 1998; amplios son los poderes de iniciativa instruccional que posee el juez en ciertos procesos especiales, como es el artículo 88 de la Ley de Procedimiento Laboral español de 1990; igual en el caso alemán, en donde en el mismo sentido se le atribuyen al juez algunos poderes de instrucción, como se percibe en los artículos 142 y 144 de la Zivilprozessordnung de 2001.

En el sistema anglosajón aún son más evidentes los poderes de dirección de juez, por ejemplo, “la regla 614(a) de la Federal Rules of Evidence atribuye al juez el poder de disponer de oficio de pruebas testimoniales no deducidas de las partes, mientras que la regla 614(b) le atribuye el poder de interrogar acerca de los textos, deducidos de las partes o solicitados de oficio por el mismo juez. Igualmente, la Regla 706 le atribuye el poder de disponer de oficio consultas técnicas, nombrando expertos”. Las Civil Procedure Rules de 1998, que transformaron en parte el sistema del proceso inglés, le atribuyeron al juez amplios e intensos poderes de dirección del mismo, de control sobre la adquisición de pruebas.

Ello no significa que se trastorne el sistema procesal ni que se abandone la senda democrática de los ordenamientos, ni mucho menos que se vulneren los derechos de las partes ni que se sobredimensionen los poderes del juez hasta el punto de conducir a su omnipotencia y a la dictadura judicial, panorama procesal penal del concierto internacional que confirma el grado de acierto inmerso en la disertación argumentativa contenida en la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte de Justicia, lo que de contera deja mal librada la posición relativa del retroceso jurisprudencial de la Corte Constitucional<sup>153</sup>.

En desarrollo del presente cotejo jurisprudencial, surge otro aspecto, no menos importante que los ya analizados, y corresponde al decreto de la prueba de oficio, la que necesariamente, al igual que el apotegma del Debido Proceso, debe ser analizada desde el marco constitucional, pues, corresponde a una actividad del juez que no puede reducirse a la mera opción interpretativa que le brinda la propia Constitución sino que puede ser, al mismo tiempo, “integrativa”, como quiera que debe procurar, en el ejercicio de su transcendental misión, atemperar su resolución, el sentido del fallo al que pueda arribar, a los principios-valores-fines

---

<sup>153</sup> CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. Opin. Jurid. Vol. 9 N°. 18 Medellín July/Dec, 2010. Consultado el 24 de junio de 2012. Disponible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302010000200011&script=sci\\_arttext#12](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302010000200011&script=sci_arttext#12)

que le delinearla el Constituyente Primario al encomendarle la protección de los derechos bajo diferentes modalidades de amparo, tal y como se prevé en la Sentencia C-055 del 16 de Febrero de 1995 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero:

...La interpretación de la ley no puede conducir al absurdo...Cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición entre el contexto global del ordenamiento conforme a una interpretación sistemático finalista....

Sobre el decreto de la práctica de pruebas, sabido es que tiene como finalidad el esclarecimiento de los hechos y, por consiguiente, al descubrimiento en lo posible de la verdad **-en términos de certeza relativa de índole racional-** con el objeto de que el fallador tenga la posibilidad de que se alleguen todos los elementos de convicción a la actuación penal, y sobre estos construir la sentencia, y sí ello es así, ¿cuál la razón para que por vía de **Integración** consagrada en la norma rectora del artículo 25 y sus homologas 26 y 27 del C.P.P., avaladas por vía jurisprudencial de orden constitucional citada en precedencia, el Juez penal de conocimiento no quede legalmente habilitado para dar aplicación material al artículo 180 del C.P.C.<sup>154</sup> en desarrollo del proceso penal propio del sistema penal acusatorio modulado? de nuestra parte, y salvo mejor criterio, no avizoramos ninguna, respuesta que acuñamos aplicando, igualmente, la línea jurisprudencial de la misma Corte Constitucional cuando al interpretar la norma en comento señalo:

... El artículo 180 del Código de Procedimiento Civil de manera alguna cercena la posibilidad que tienen las partes para ejercer su derecho a

---

<sup>154</sup> "...Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso...".

controvertir las pruebas decretadas de oficio, en cualquier instancia. Todo lo contrario.

Una interpretación conforme de dicha disposición con el artículo 29 Superior conduce a afirmar que el demandante plantea un falso problema de constitucionalidad por cuanto toda prueba de oficio es susceptible de ser controvertida por las partes en el proceso. Además, tampoco es admisible el argumento según el cual las pruebas de oficio, en cualquier instancia que sean decretadas y practicadas, son simplemente un instrumento encaminado a subsanar la negligencia de una de las partes en el proceso. Por el contrario, el recurso a ellas se explica por el deber que tiene todo juez, en un Estado Social de Derecho, de buscar la verdad...<sup>155</sup>.

En similar sentido expresa su criterio el Docente Universitario y Honorable Magistrado de la Corte Constitucional **Dr. Luis Ernesto Vargas Silva** en su texto *Temas selectos en Derecho Constitucional, Interpretación Jurisprudencial*<sup>156</sup> cuando proclama: “...Pero, cuando se plantea el tema en los auditorios por el respeto a los VALORES y la aplicación de PRINCIPIOS, diciendo que el Juez debe parcializarse a favor de la verdad, como valor que por ende no se transige, aparece la sofistería de la falacia *ad populum* anunciando la hecatombe! ¿Un Juez parcial? Y se gesticula, se acude al histrionismo si es necesario, con tal de cautivar!. Esa es la triste concepción del Derecho! Su irrespeto o violación, con tal de ganar!...”.

Siguiendo esa orientación, resulta oportuno, destacar en este acápite, que en la práctica, entendemos y compartimos el decreto de la práctica de prueba de oficio no como un poder del Juez, sino como una facultad limitada por el artículo 344, último párrafo del C.P.P. que consagra: “...El juez velara porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación...”, para interpretar que el precepto, se constituye en punto de partida de la importante actividad probatoria que debe desarrollar el juez penal de

---

<sup>155</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Referencia Expediente D-6501, C-159 de 7 de marzo de 2007. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>156</sup> Universidad Libre, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Bogotá D.C., Primera Edición, Diciembre de 2011, p. 170 y 171



conocimiento, para que a la audiencia preparatoria se alleguen todos los actos de investigación adelantados por la Fiscalía y la defensa y esté en capacidad de determinar en su criterio cuales son los realmente necesarios, pertinentes y útiles, sobre los cuales una vez elevados a la categoría de pruebas pueda desarrollar su actividad mental de apreciarlas y sobre las mismas fundamentar su sentencia, la que además, de ajustarse a derecho debe ser justa.

Como lo señalamos en otro aparte de este discurso, advertimos que en el Escrito de formulación de la Acusación el Fiscal debe anunciar la totalidad de los actos de investigación que adelanto con ocasión de los hechos materia de juzgamiento, independientemente, de que pretenda mutarlos en su totalidad o no al rango de pruebas, para fundamentar su teoría del caso, otro tanto, debe ocurrir con la defensa, desde luego, guardando las proporciones, circunstancia que le permite al juez tener pleno conocimiento de todos los actos de investigación que realizó la fiscalía y la defensa y en el evento de que cualquiera de las partes, decida descartar alguno de ellos, por considérellos irrelevantes -en su criterio-, el Juez pueda decretar de oficio su práctica, en la medida en que para el fallador si representa vocación probatoria, de esta manera se descarta la eventual intromisión del Juez en la competencia funcional de la Fiscalía como de la defensa y de contera se blinda las garantías procesales del derecho de contradicción, igualdad de armas e imparcialidad, como quiera que, de esos actos de investigación, en la mayoría de la veces, sino en la totalidad, ha intervenido la defensa ó tienen conocimiento de los mismos, y sí han sido recolectados por la defensa con mayor razón.

Bajo este entendido, no resulta nada probable, que el Juez desborde su actividad probatoria, por ello, de haberse aplicado este procedimiento en el caso concreto que genero la intervención de la Sala de Casación Penal, seguramente, no se hubiese llegado a esa Instancia Casacional, porque el error en la solicitud de la práctica de la prueba de manera extemporánea, hubiera sido subsanado en la

audiencia preparatoria, sin embargo, debemos reconocer que gracias a ese yerro de orden procesal se emitió pronunciamiento unificador por parte de la Corte de Justicia, Sala de Casación Penal. Observándose, que la Corte Constitucional en su cuestiona sentencia omitió interpretar y dar aplicación de manera integral al Título Preliminar, Principios rectores y garantías procesales de la Ley 906 del 31 de Agosto de 2004.

Queda claro, entonces, que el decretar la práctica de pruebas de oficio, en nada afecta el Principio de Contradicción, que garantiza a las partes el "derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada", según lo indica el artículo 15 de la Ley 906 de 2004 y que está en concordancia con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución. A decir de la Corte Constitucional, "...lo que se entiende por 'controversia de la prueba' es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa...".

En efecto, los elementos materiales que se pretendan hacer valer en el proceso, durante la etapa de juicio deben someterse a un debate en el que las partes puedan ejercer su derecho de contradecirlas<sup>157</sup>, en aquellos casos en los que puedan afectar sus intereses, y precisamente, es este postulado el que se constituye en el irrefutable lindero entre el decretar de manera oficiosa la práctica de prueba y el desarrollo de la práctica de la prueba a través del ejercicio del contradictorio, en tanto que, la primera corresponde al ejercicio de una facultad probatoria del Juez y la segunda inexorablemente le corresponde agotarla a las partes, sin que se olvide que probatoriamente, las pruebas no le pertenecen a las partes, sino que son patrimonio del proceso, para nuestro caso el penal.

---

<sup>157</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-460 del 15 de Julio de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Otro efecto negativo, que advertimos del contenido de la Sentencia **C-396** del **23 de Mayo** de **2007**, proferida por nuestra honorable Corte Constitucional, es que colateralmente sobreviene el grave desconocimiento de la acción pública contenida en el **artículo 86** de la misma Carta Política, de la cual le compete ser su guardiana y defensora, pues, en nuestro leal saber y entender, de la argumentación de la sentencia en cita colegimos que la acción de tutela contra la decisión del Juez Penal de Conocimiento, en el sistema procesal penal vigente, de entrada resulta improcedente por inexistencia del defecto factico por omisión del juez en el decreto y práctica de pruebas, precisamente por efectos de la declaratoria de constitucionalidad del **artículo 361 del C.P.P.** que le prohíbe al Juez decretar pruebas de oficio.

Cuando muy por el contrario, la doctrina constitucional señaló en las Sentencias **T-461** del **5 de Junio** de **2003**, **M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett** y **T-916** del **18 de Septiembre** de **2008**, **M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández**, que entre otros supuestos, como manifestaciones de defecto fáctico, darían lugar a la interposición de una acción de tutela contra decisiones judiciales, por configurarse una vía de hecho: **(i)** Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas. La Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas conducentes y pertinentes para adoptar la decisión, generando en consecuencia la indebida conducción del proceso respecto “[...] de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.”.

De tal suerte, que frente a esta hipótesis, será el Juez penal de conocimiento, del vigente sistema, quien desde una perspectiva analítica, se detenga a considerar la posibilidad que, en el marco del Estado constitucional social, democrático y de derecho opte por “excepcionalmente” decretar y practicar pruebas de oficio en casos concretos, aún en tela de discusión, contraviniendo la voluntad del legislador penal e incluso alguna línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Ello en virtud de la posibilidad que le ofrece, **el control constitucional incidental** -excepción de inconstitucionalidad- contenida en la Sentencia de la Corte de Justicia, Sala de Casación Penal.

Contrario sensu a la sentencia emanada de la Corte Constitucional, estimamos, junto a la Corte Suprema de Justicia, que la prueba oficiosa no es una afrenta a los principios procesales de igualdad e imparcialidad. Todo lo contrario, en tanto que el juez no es convidado al proceso para que demuestre un interés particular respecto a las partes, sino que se halla dispuesto para que resuelva de manera adecuada un conflicto intersubjetivo. Es decir, el interés del juez dentro del proceso es público porque tiende hacia la realización de un fin primordial, como la justicia. De tal forma, la función jurisdiccional le exige al juez que sus decisiones se establezcan bajo parámetros que relacionen la verdad material en consideración a unos requerimientos sociales.

Se quiera o no, lo cierto es que los poderes que en materia probatoria le otorga la Constitución al juez, más que para amparar los intereses supremos del Estado, se hallan diseñados en realidad para: **i)** garantizar la igualdad de las partes en el litigio; **ii)** cuidar de los intereses sociales, inclusive sobre los de los gobernantes, y, **iii)** permitir la realización efectiva de la justicia; presupuestos que son recogidos de manera acertada por el Magistrado de la Corte Constitucional, Dr. Nilson Pinilla Pinilla en su salvamento de voto cuando puntualiza:

...Tal como expuse en Sala Plena, siguiendo la doctrina citada, con la excepcional iniciativa probatoria del Juez penal no se afecta su imparcialidad, en cuanto procure **i)** comprobar con certeza hechos discutidos en el proceso, no diferentes a los que reposan en la imputación, independientemente de que resulten favorables a la teoría del caso de la Fiscalía, de la defensa o a los intereses de la víctima, lo cual el Juez no puede saber por anticipado; **ii)** no se convierte el Juez en otro acusador, pues se respeta la función de la Fiscalía y la carga probatoria que le compete para desvirtuar la presunción de inocencia; **iii)** prima como garantía constitucional para la sociedad, el imputado y la víctima, el acceso a la justicia, mediante una decisión basada en la

verdad real; y, **iv)** se asegura el derecho de contradicción por ser practicadas las pruebas en el juicio, lo que no elimina la participación de las partes en su práctica y su derecho a controvertirlas, dando eficacia a la justicia material...” criterio que sin lugar a dudas compartimos en su integridad.

#### 4.9 LA JUSTICIA, PRINCIPIO DE ORDEN CONSTITUCIONAL

Siendo el Sistema Procesal Penal vigente, constitucionalizado por efectos de nuestra Constitución Nacional, cuya vigencia, data del 7 de Julio de 1991<sup>158</sup>, en punto a desarrollar el tema de **Justicia**, es menester, dar, no solamente, una buena lectura, sino también, una correcta interpretación al preámbulo de la misma, del cual se advierte que una de sus finalidades, es precisamente, la de asegurar a sus integrantes la **Justicia**. Acerca del preámbulo de la Carta, nuestra Corte Constitucional en **Sentencia C-479** de **agosto 13** de **1.992**, señalo:

...El preámbulo incorpora mucho más allá de un simple mandato específico, los fines a los que orienta nuestro ordenamiento jurídico, junto con los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado, la motivación política de toda la normatividad, las metas de la acción del Estado, el rumbo de las instituciones jurídicas y **los valores que esa constitución aspira a realizar**. El preámbulo, lejos de ser ajeno a la Carta, es parte integrante de ella. **Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan...**<sup>159</sup>. negrillas fuera de texto.

También ha juzgado la Corte Constitucional, que el preámbulo goza de **poder vinculante**, en cuanto sustento del orden que la Constitución establece y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o

---

<sup>158</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo No. 003 de 2002. “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”. En: Diario Oficial N° 45.040 de 2002.

<sup>159</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 del 13 de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios, ya que en el preámbulo, se distingue de manera clara y concisa, una serie de prescripciones que plantea el modo de organización del Estado y, preanuncian la parte dogmática de la Carta<sup>160</sup>. En síntesis, señala la Corte: "...si la razón primera y trascendental del control constitucional no es otra, que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene en utópico cuando se limita a la tarea de comparar entre sí normas aliadas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable y solido al conjunto, por eso, el preámbulo marca un derrotero y unos principios básicos a seguir dentro del Estado.

De lo señalado, concluimos, de manera irrefutable, que constitucionalmente, el preámbulo de la Constitución es parte integrante de ella, goza de poder vinculante y está dotado de toda la fuerza normativa que otorga el artículo cuarto del texto constitucional, por lo tanto, la Justicia en nuestro Estado Social de Derecho, además, de ser un principio, también, posee un valor máximo de la sociedad de rango constitucional, al que debe brindársele una mayor protección.

Agréguese a lo anterior que, un principio constitucional, jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado, y que el principio básico de la **Justicia** se proyecta en la Constitución, haciendo parte de la dogmática constitucional, en su artículo 2º que regula los fines esenciales del Estado, entre los cuales está la vigencia de un **orden justo** que el Estado debe siempre y antes que nada asegurar dentro del marco de lo esencial, por ello, para Hans Kelsen la **justicia** como valor y fin del Derecho (más que como virtud subjetiva) al que podemos conceptualizar juntamente con Norberto Bobbio como "aquel conjunto de valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que llamamos Derecho".

---

<sup>160</sup> En este mismo sentido el Constitucionalista Dr. José F. Albendea Pabón.

Ahora bien, en cuanto al bien jurídico tutelado por el Derecho, o sea, el conjunto de condiciones protegidas por las normas jurídicas, se puede considerar desde una perspectiva absoluta ius naturalista dentro de la cual todo derecho es justo y si no es justo no es derecho, en virtud de ello, la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora **el sistema de valores esenciales** que han de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado postulados que encuentran desarrollo de orden legal en el artículo 5º del C.P.P. norma rectora que consagra: “los jueces se orientaran por el imperativo de establecer con objetividad la **verdad** y la **justicia**, tópico sobre el cual, acertadamente señala el Dr. **Gustavo Morales Marín**: “...Se ha carecido, en nuestro medio, de instrumentos adecuados que permitan actuar el sistema conceptual y dinamicen los principios hacia la realización efectiva del ideal de **justicia**...”<sup>161</sup>, que le permita al Estado garantizar a sus ciudadanos la libertad, la paz, la democracia y la tolerancia.

Sabido es, que la trascendencia de la Audiencia Preparatoria, radica al tenor del artículo 357 del C.P.P., no solamente, en las solicitudes probatorias, que realicen en su orden: Fiscalía General de la Nación, Representante de las Víctimas, Defensa y excepcionalmente el Representante del Ministerio Público; las que dicho sea de paso, deben satisfacer, no solamente, los presupuestos de pertinencia<sup>162</sup> y admisibilidad<sup>163</sup>; sino también, el obtener el decreto de la práctica de las mismas, en la fase de juicio, por parte del Señor Juez Penal de

---

<sup>161</sup> FISCALÍA Y PROCESO PENAL. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. 1992, p. 9.

<sup>162</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Op. cit. Art. 375.

**Artículo 375. Pertinencia.** El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando solo sirve para hacer más probable ó menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

<sup>163</sup> *Ibíd.*, Art. 376.

**Artículo 376. Admisibilidad.** Toda prueba pertinente es admisible, salvo en los siguientes casos: **a)** Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; **b)** Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y, **c)** Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Conocimiento, confirma la premisa el artículo 374 ibídem al regular el tema de la oportunidad probatoria<sup>164</sup>.

Recuérdese que el Derecho Penal es de Orden Público Interno, naturaleza que rompe la pasividad, en materia probatoria del Juez Civil, con la del Juez Penal, la que por antonomasia debe ser esencialmente activa, trátese del sistema procesal penal que se trate, como quiera que éste último resuelve conflictos jurídicos que afectan valores colectivos con virtud social de actuar de conformidad con la Justicia, labor que esta designada a los Jueces quienes deben enmarcar sus decisiones en la imparcialidad, dignidad humana e institucionalidad, solucionando los conflictos que se presenten en la sociedad con la finalidad de lograr **la convivencia en paz y armonía**; por ello, para John **Rawls**: "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, así como **la verdad** es a los sistemas del pensamiento"<sup>165</sup>.

En cumplimiento de la materialización de la Justicia, el Juez penal, no elabora un conocimiento privado, ni mucho menos, se inventa ó fabrica la prueba, en tanto que, su función, no va más allá de decretarla, **NO de oficio**, sino a solicitud de parte, es decir, ejerce su facultad constitucional de habilitar procesalmente la instancia probatoria, para que sean las partes, las que la depuren al interior del juicio público, oral y contradictorio, en igualdad de condiciones, no de otra manera, se podría entender la aplicación de esa magna facultad del señor Juez Penal de Conocimiento, pues, de no ser así, resultaría evidente, que el Juez Penal de Conocimiento, perdería su roll, para entonces, convertirse, en parte, en las postrimerías del debate probatorio, con la obligación de actuar con estricto apego a la técnica propia del Interrogatorio directo; surgiendo interrogantes tales como:

---

<sup>164</sup> **Oportunidad de pruebas.** Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.

<sup>165</sup> RAWLS, John. A Theory of Justice. En: Revised edn, Oxford: OUP, 1999, p. 3.



¿Sí la Fiscalía y la Defensa Objetan algunas de las preguntas formuladas por el Juez que preside la audiencia de Juicio, quién sería el funcionario judicial competente para resolverlas? ¿La actuación del Juez Penal de Conocimiento, ya señalada, se constituiría en causal de Impedimento para que profiera sentencia? ¿Y si dictara sentencia condenatoria en el asunto, con fundamento en la prueba decretada de oficio, ésta estaría viciada de nulidad al tenor del artículo 29 en su inciso final que señala: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” que para el caso sería del debido proceso probatorio? ¿Y en caso contrario, de que absolviera, con fundamento en la prueba decretada de oficio, ésta estaría viciada de nulidad al tenor del artículo 29 en su inciso, en los términos ya señalados?, lo que sí consideramos es que se constituye en una limitante absoluta, que sea el mismo Juez penal de conocimiento quien la practique, más **NO** que la decrete, pues, por competencia funcional y de cara a emitir la sentencia, le corresponde única y exclusivamente apreciar la misma, de tal suerte que la competencia funcional de la Fiscalía General de la Nación y de la judicatura no se altera, conservándose la filosofía propia del sistema penal oral con tendencia acusatoria de respeto por la imparcialidad del juez, la carga probatoria que le incumbe a las partes, con prevalencia al Ente Acusador quien tiene la carga probatoria para aniquilar la presunción de inocencia.

## **CAPITULO V**

### **METODOLOGÍA**

En este capítulo estableceremos el diseño que se tuvo en cuenta para el desarrollo de la presente investigación, atendiendo al hecho que la metodología es un modelo de acceso al conocimiento, dentro del cual lo que se busca es contextualizar los objetivos generales y específicos, las reglas que se utilizaron para la exploración y descripción de análisis, para llegar a unas conclusiones.

Bajo ese entendido y aplicando los niveles expuestos por Ghersi<sup>166</sup> tenemos que durante el desarrollo del presente trabajo utilizamos tres niveles:

1. Objeto de conocimiento: La prueba de oficio
2. Diagrama Conceptual: Historia, concepto aplicación de la prueba de oficio en los diferentes sistemas procesales, comparación del manejo de la prueba de oficio en diferentes países, análisis jurisprudencial, nacional e internacional de la aplicación de la prueba de oficio
3. Cambio del objeto: Evolución de la aplicación de la prueba de oficio y la utilización actual de la misma en el sistema acusatorio.

#### **5.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN**

Desde que se idea el proyecto que se pretende realizar para lograr un objetivo, el investigador debe tener en claro unas secuencias o pasos a seguir que evitan que se hagan elecciones equivocadas al momento de establecer el tipo de investigación para efectuar Las técnicas por utilizar, recolectar y analizar los datos<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> GHERSI, Carlos Alberto. Metodología de la investigación en ciencias jurídicas. 3ª Ed. Argentina: Ediciones Gowa Profesionales, 2004.

<sup>167</sup> RAMÍREZ LLERENA, Elizabeth. La investigación socio jurídica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2001.

La metodología empleada en el trabajo es cualitativa, desde el punto de vista del conocimiento es dogmática y epistemológica, veamos:

- Cualitativa: De acuerdo a Giraldo<sup>168</sup>, porque procura la presencia de un contenido determinado en el contexto del documento, lo que significa que en este trabajo el contenido ha sido desarrollado teniendo en cuenta todas las variables de la prueba de oficio.
- El tipo de investigación seleccionado es descriptivo, porque aquí se realiza una amplia representación de características de una situación referida al objeto de estudio en poblaciones determinadas<sup>169</sup>.

Ese tipo descriptivo de acuerdo a Lerma, se ocupa de describir el estado, características, factores, procedimientos presentes en los hechos y fenómenos que ocurren en forma natural, por ello se describen en la presente investigación las características de las pruebas de oficio, su aplicación, así como los distintos criterios que en la actualidad se esbozan frente al tema.

- Así mismo, se encuentra que el presente trabajo es dogmático porque es una mera descripción de fenómenos e instituciones jurídicas<sup>170</sup>, pero a la vez es de conocimiento epistemológico porque conecta el tema central con diferentes áreas del conocimiento, de tal forma que se conjugan en un saber multidimensional, para obtener una visión ampliada y enriquecida del tema objeto de investigación, la epistemología representa una alternativa de comprensión con debate crítico del investigador<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> GIRALDO J, GIRALDO M y GIRALDO A. Socio jurídica, metodología y técnica de la investigación. 2ª Ed. Bogotá: Ediciones Librería del profesional.

<sup>169</sup> RAMÍREZ E. La investigación socio jurídica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2001.

<sup>170</sup> GHERSI, Op. cit.

<sup>171</sup> Ibid., p. 23.

## 5.2 DISEÑO DE LAS ENCUESTAS

Para obtener de este trabajo un resultado útil y a la vez veraz, se realizó una encuesta que de alguna manera permitiera conocer el sentir del público al que va dirigido el trabajo (abogados, jueces, fiscales) y así determinar cuáles son las conclusiones a que se puede llegar en este caso, de acuerdo con el trabajo descriptivo que se ha realizado, por lo cual se procederá a explicar en forma sencilla cómo se llegó a esa encuesta.

**5.2.1 Población y muestra.** La población es el conjunto o totalidad de objetos y personas que concuerdan en características comunes, que encuadran bajo normas científicas y acordes, con la realidad en la investigación que se desarrolla, son los elementos humanos y no humanos hacia los cuales se orienta dicha investigación<sup>172</sup>.

En el caso del presente trabajo la población hacia la cual se dirige la encuesta fue escogida en forma aleatoria, sin embargo, guardando un punto denominador en común, solamente abogados que además trabajen en el campo del derecho penal, de tal manera que se encuestaron abogados defensores, fiscales y jueces, siendo entonces, esta la muestra tenida en cuenta para el resultado final, entendiéndose como muestra es la parte seleccionada de ese conjunto de la población<sup>173</sup>.

De tal suerte, que como instrumento de recolección de esa información se tuvo en cuenta tanto el componente cualitativo como cuantitativo<sup>174</sup>, con ocasión del primer aspecto, se realizaron encuestas diseñando formularios con un cuestionario específico y cuantitativo porque con el resultado de esas encuestas se obtendrán los resultados que servirán de base para las conclusiones del presente trabajo.

---

<sup>172</sup> RAMÍREZ LLERENA, Op. cit., p. 234.

<sup>173</sup> Ibid., p. 234.

<sup>174</sup> GIRALDO y Otros, Op. cit.

### 5.3 PRUEBA PILOTO

Para el logro de los objetivos establecidos en este trabajo, se tuvo en cuenta un elemento importante:

- La Encuesta como instrumento para realizar una prueba piloto que nos permite determinar si el público hacia el cual va dirigida la misma entiende el contenido del cuestionario, lo encuentra fácil de manejar, comprensible, si está de acuerdo con que haya ocho preguntas cerradas y dos abiertas.

Para elaborar el modelo de encuesta, se tuvo en cuenta:

- a. Segmentación de la Población. Hace referencia a las características que se tienen en cuenta para seleccionar la población objeto de estudio, entendiendo por ésta, el grupo de personas que participan en la investigación, de las cuales se quiere conocer, Su opinión frente a la aplicación normativa de la prueba de oficio, su motivación del porque su respuesta es positiva o negativa, se diseña así un cuestionario, que responda todas estas inquietudes.

La segmentación se realiza por:

- Localización Geográfica: El universo de este estudio está configurado por las personas que acuden al complejo judicial de Paloquemao que es el epicentro de la actividad judicial en esta ciudad capital, durante el lapso en el que se realizaron las encuestas, se presume que la gran mayoría esta ejerciendo efectivamente la calidad exigida para el lleno de la encuesta (Defensores, Jueces, Fiscales).

b. Tipo de preguntas. Teniendo en cuenta que las encuestas son tomadas generalmente como fuente de recolección de datos primarios, porque se acude directamente a la fuente de información se realizaron los siguientes tipos de preguntas:

- Preguntas de tipo abierto: En estas el encuestado construye la respuesta con su propio vocabulario, permitiendo que el encuestador al evaluar las respuestas aprecie puntos de vista y saque mejores conclusiones sobre el tópico investigado, que en el presente caso, fueron realizadas dos preguntas de este tipo.
- Preguntas de tipo cerrado: Estas son más limitadas, en ellas el encuestado responde SI o NO, lo que hace más fácil la concreción de las respuestas.

c. Variables. Son aquellos términos a los cuales se les pueden dar varios valores ya sean cualitativos o cuantitativos, con base en esto, se estructuro la encuesta.

- Variable de conocimiento sobre el tema. Pretende identificar qué conoce la gente del objeto de la investigación, y si lo que conoce del mismo incide en su mejor ejercicio profesional.
- Variable de Interés en el tema. Se cuestiona sobre el grado de interés de algunas personas sobre el tema de la investigación, que permita obtener datos acerca del acierto o no que se tenga al querer implementar en Colombia el decreto de la prueba oficiosa.
- Variable socio-demográfica: en ella se establece el género y la ocupación de los participantes en la encuesta.
- Variable de Identidad con el tema. Pretende establecer, el grado de

importancia que las personas desde su rol, le dan al tema objeto de la encuesta.

#### **5.4 RESULTADO DE LA PRUEBA PILOTO**

Para desarrollar este paso, primero se enseñó la encuesta a siete personas que cumplieran el común denominador exigido para el caso, es decir que sean abogados penalistas, conocedores del antiguo y el nuevo sistema, que se ubicaran en el complejo Judicial de Paloquemao, se diligenciaron en distintos días y horas, y lo que se buscaba era que ellos no solo nos respondieran la encuesta sino que además determinaran si era fácil su respuesta y se calculara el tiempo de diligenciamiento de la encuesta.

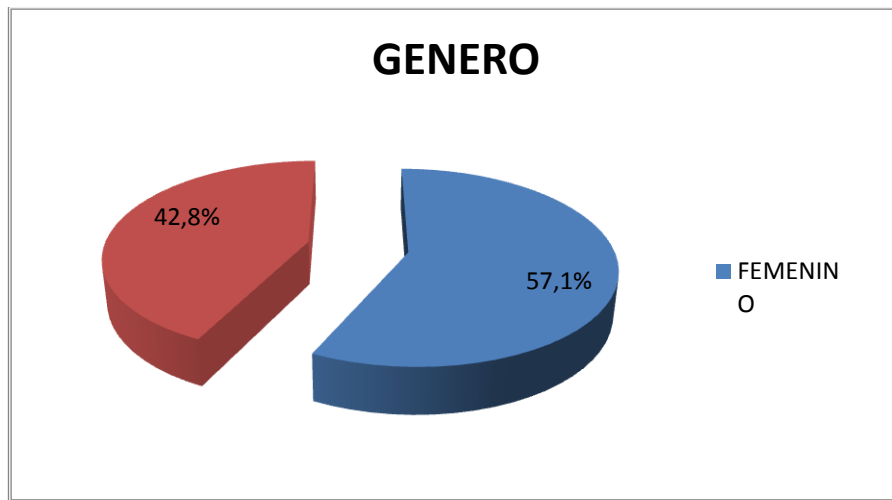
Los resultados arrojados fueron los siguientes: De acuerdo a los encuestados la prueba es clara, concreta y fácil de diligenciar, además, el tiempo que se ocupa en su diligenciamiento no excede de cinco minutos, por lo cual no se le hizo ninguna corrección y se procedió a aplicarla como prueba final.

Por lo anterior se realizó la tabulación de los resultados que fueron los siguientes:

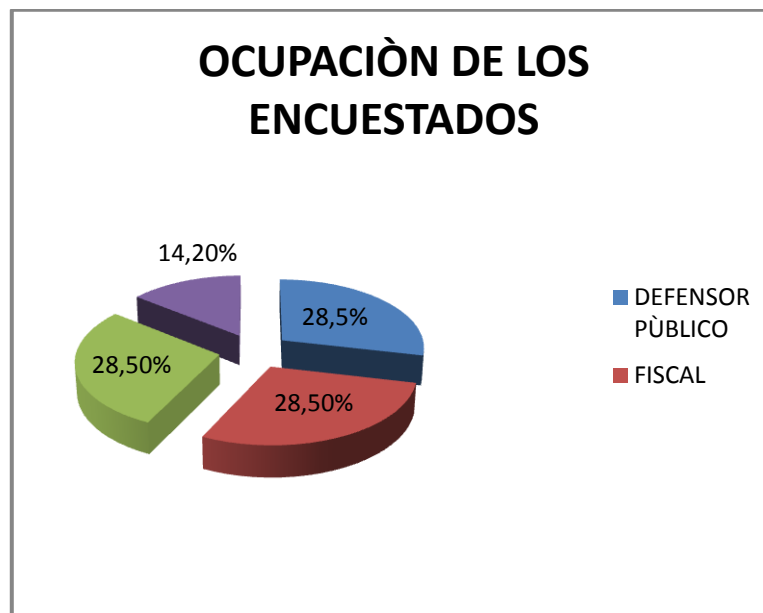
En cuanto a las preguntas de tipo cerrado y teniendo en cuenta que para la prueba piloto se encuestó a siete (7) personas se procedió a realizar la tabulación de los resultados teniendo en cuenta las siguientes variables:

Genero, ocupación y porcentajes de respuesta de acuerdo a cada una de las ocho preguntas de la encuesta y los resultados son los siguientes:

- a. En cuanto al género, masculino – femenino, el porcentaje es el siguiente: de 7 personas encuestadas que conforman el 100%, 4 de ellos son del género femenino, correspondiendo al 57.1% y 3 de los encuestados son del género masculino correspondiendo al 42.8%.



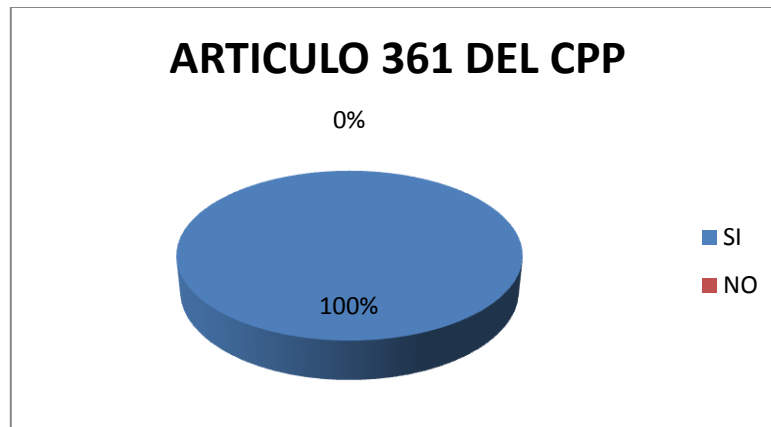
B.- En cuanto a la ocupación de los 7 encuestados que representan el 100%, 2 de ellos son defensores públicos correspondiendo al 28.5%, 2 fiscales correspondiendo al 28.5%, 2 Jueces correspondiendo al 28.5% y 1 docente universitario correspondiendo al 14.2%.



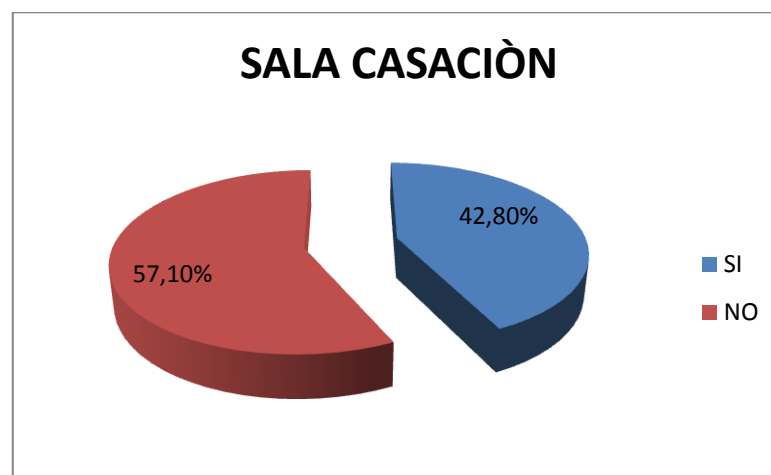
C.- En cuanto a las respuestas a cada pregunta cerrada tenemos los siguientes resultados: Pregunta No. 1: ...el artículo 361 del C.P.P., prohíbe al Juez el decreto



oficioso de pruebas, está usted de acuerdo?. De los 7 encuestados todos contestaron que si, es decir el 100%.

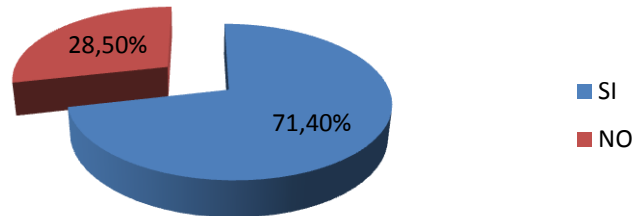


Pregunta No. 2: ...La Corte de Justicia sala de casación Penal, ha propuesto que se acepte el decreto oficioso de pruebas pero solo por razones constitucionales, está usted de acuerdo? De los 7 encuestados 3 contestaron SI, correspondiendo al 42.8% y 4 contestaron NO correspondiendo al 57.1%.



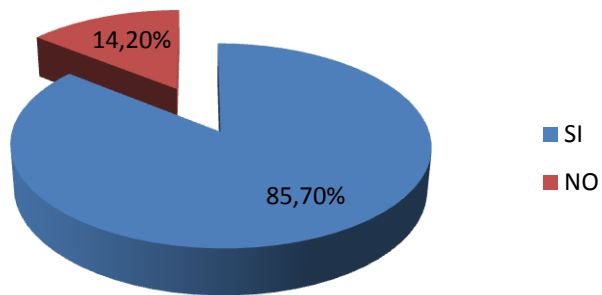
Pregunta No. 3: ...Considera usted que el decreto oficioso de pruebas es violatorio del principio de imparcialidad? De los 7 encuestados 5 contestaron SI, correspondiendo al 71.4% y 2 contestaron NO correspondiendo al 28.5%.

### PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

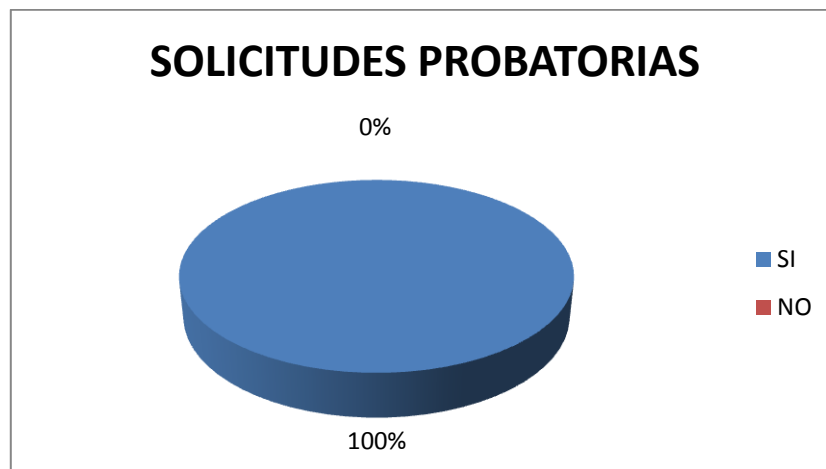


Pregunta No. 4: ...Considera usted que el decreto oficioso de pruebas viola el principio de igualdad de armas que rige un verdadero sistema acusatorio?. De los 7 encuestados 6 contestaron SI, correspondiendo al 85.7% y 1 contesto NO correspondiendo al 14.2%.

### IGUALDAD DE ARMAS



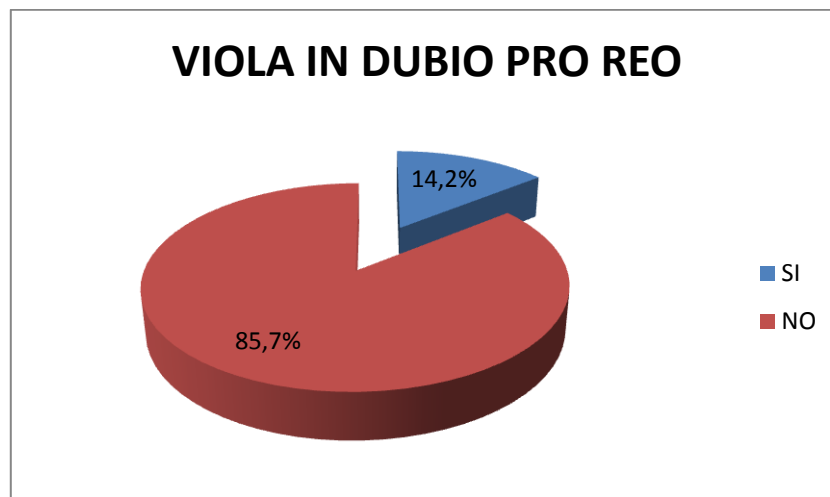
Pregunta No. 5: ...Las solicitudes probatorias que hagan las partes al Juez deben ser suficientes para llegar a la verdad material? De los 7 encuestados 7 contestaron SI, correspondiendo al 100%.



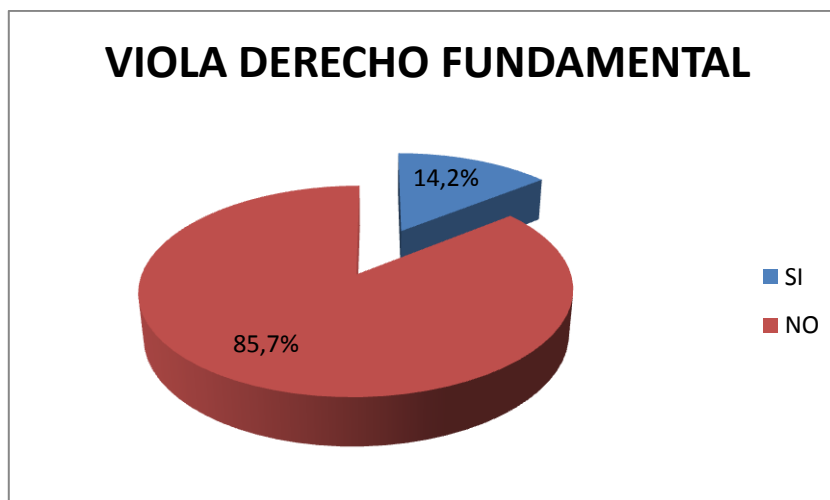
Pregunta No. 6: ...Considera usted que el decreto oficioso de pruebas siempre va en detrimento del interés del acusado? De los 7 encuestados 1 contesto SI, correspondiendo al 14.2% y 6 contestaron NO correspondiendo al 85.7%.



Pregunta No. 7: ...Considera usted que el decreto oficioso de pruebas es violatorio del In dubio pro reo teniendo en cuenta que la duda lo favorece? De los 7 encuestados 3 contestaron SI, correspondiendo al 42.8% y 4 contestaron NO correspondiendo al 57.1%.



Pregunta No. 8: ...Ante la inexistencia del decreto oficioso de pruebas considera usted que se vulnera algún derecho fundamental? De los 7 encuestados 1 contesto SI, correspondiendo al 14.2% y 6 contestaron NO correspondiendo al 85.7%.



D.- En cuanto a las preguntas de tipo abierto se debe aclarar que justamente por tratarse de una respuesta sin límite se va a describir su resultado de acuerdo como cada uno de los encuestados contesto, así tenemos:

A la pregunta No. 9: "...los defensores del decreto oficioso de pruebas, consideran que es importante que el Juez decrete de oficio pruebas con el fin de encontrar la verdad material, de igual forma que le proporcionan el pleno convencimiento para proferir una sentencia con justicia material, cual es su opinión...", contestaron así:

- La solución no es decretar pruebas de oficio por parte del Juez sino que este operador tenga mayores facultades tanto en la audiencia de acusación como en la preparatoria.
- No estoy de acuerdo se desnaturaliza la imparcialidad del Juez en la actuación penal.
- Si, en la medida que el Juez obre con objetividad al decretar la prueba, esto es, en procura de tener los elementos necesarios para fundamentar la decisión.
- Que el Juez no debe intervenir en el debate con decreto de pruebas porque desequilibra la Litis y viola el debido proceso.
- Las partes tienen la carga procesal y la libertad probatoria para probarle al Juez la verdad.
- Cualquier consideración de decreto de prueba de oficio atenta contra los principios de igualdad de armas e imparcialidad que deben facilitar el encuentro de la verdad material, debe ser siempre la fiscalía.
- Teniendo en cuenta que lo que se pretende es llegar a una verdad material en algún momento dado puede el Juez decretar de oficio...

A la pregunta No. 10: "...el sistema acusatorio puro no admite el decreto oficioso de pruebas, por considerar que el rol del Juez debe ser ajeno a los intereses probatorios de las partes, debe conservar su objetividad, por ello cada interviniente debe hacer sus solicitudes probatorias que le permitan probar su teoría del caso, cuál es su opinión teniendo en cuenta los principios de imparcialidad e igualdad de armas...", contestaron así:

- El Juez al iniciar la etapa de juicio con la acusación debe proveerse de todos los elementos materiales de prueba y evidencias que tienen las partes y que las han enunciado y que no habiéndolas enunciado el considere que son necesarias, útiles para adoptar la decisión que en derecho corresponda,
- Totalmente de acuerdo con el sistema penal acusatorio puro.
- En un sistema puro controversial bajo el principio de igualdad de armas se debe inadmitir el decreto oficioso de pruebas, en el nuestro que tiene tendencia acusatoria aun hoy en la actividad probatoria de las partes no se encuentra fortalecido, si es la fiscalía no cuenta con los medios suficientes para encontrar la prueba, solo testimonios y la policía judicial es insuficiente y carente de capacitación, la defensa si carece de toda posibilidad eficiente de aducir la prueba.
- Que solo debe intervenir cuando de bulto se estén violando garantías fundamentales.
- El sistema acusatorio debe seguir esa dirección como quiera que es una verdadera garantía al principio de igualdad en donde se deslinda la labor del Juez totalmente imparcial frente a las partes que tienen su compromiso con la respectiva teoría a aprobar.
- Totalmente de acuerdo que el Juez debe estar expectante a la probado por las partes dentro del juicio oral y con base en ello tomar la decisión de manera imparcial y objetiva.
- Estoy de acuerdo con esa situación en el sentido de que el Juez debe ser imparcial.

## **5.5 APLICACIÓN DE LA PRUEBA FINAL**

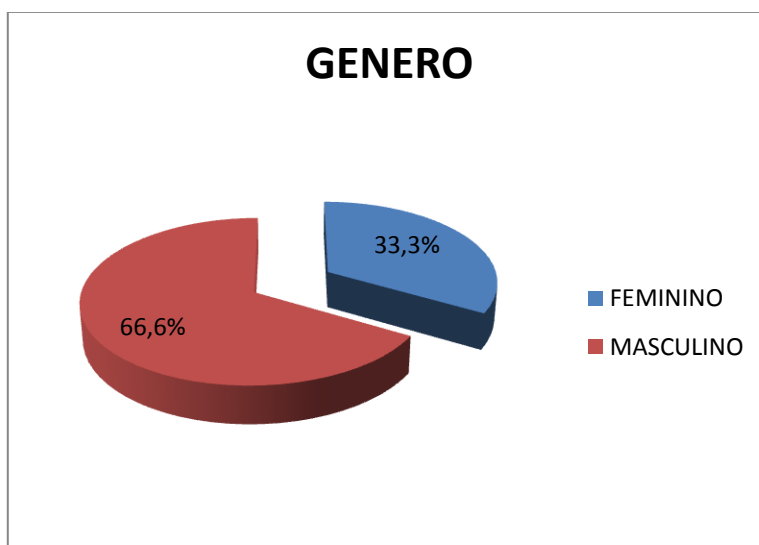
Como quiera que la encuesta en la prueba piloto no tuvo ninguna corrección y los encuestados manifestaron comprender el cuestionario realizado y estar de acuerdo con cada una de las preguntas se procedió a aplicar esa misma encuesta como prueba final, motivo por el cual se realizaron veintisiete (27) encuestas al

mismo grupo relacionado en la prueba piloto, es decir a abogados penalistas en ejercicio de la función tanto desde el punto de vista de la Defensoría, Fiscalía y Jueces.

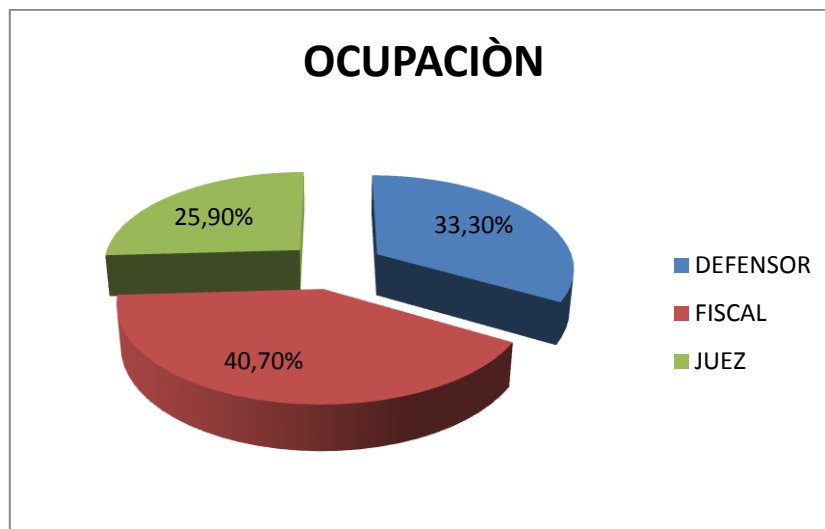
## 5.6 RESULTADO DE LA PRUEBA FINAL

De acuerdo con la aplicación de las encuestas se obtuvo como resultado de la prueba final y en cuanto a las preguntas de tipo cerrada lo siguiente: Género, ocupación y porcentajes de respuesta de acuerdo a cada una de las ocho preguntas cerradas de la encuesta y los resultados son los siguientes:

A.- En cuanto al género, masculino – femenino, el porcentaje es el siguiente: de 27 personas encuestadas que conforman el 100%, 9 de ellos son del género femenino, correspondiendo al 33.3% y 18 de los encuestados son del género masculino correspondiendo al 66.6%.

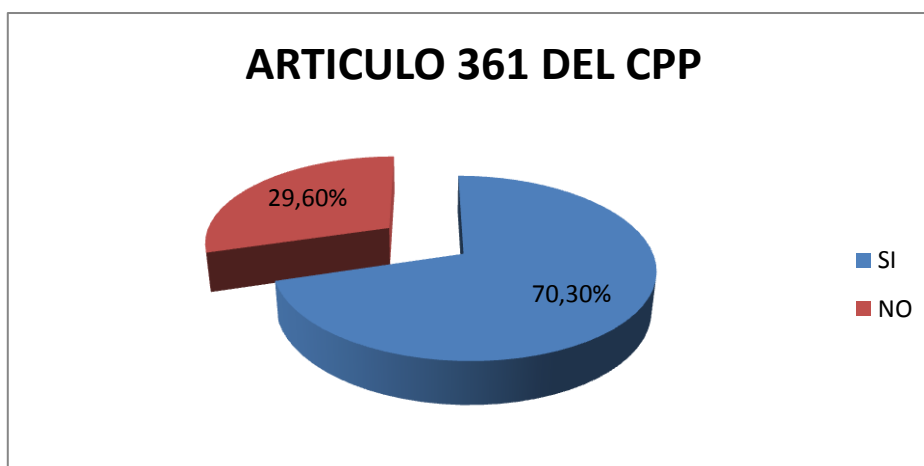


B.- En cuanto a la ocupación de los 27 encuestados que representan el 100%, 9 de ellos son defensores públicos correspondiendo al 33.3%, 11 fiscales correspondiendo al 40.7%, 7 Jueces correspondiendo al 25.9%.



C.- En cuanto a las respuestas a cada pregunta tenemos los siguientes resultados:

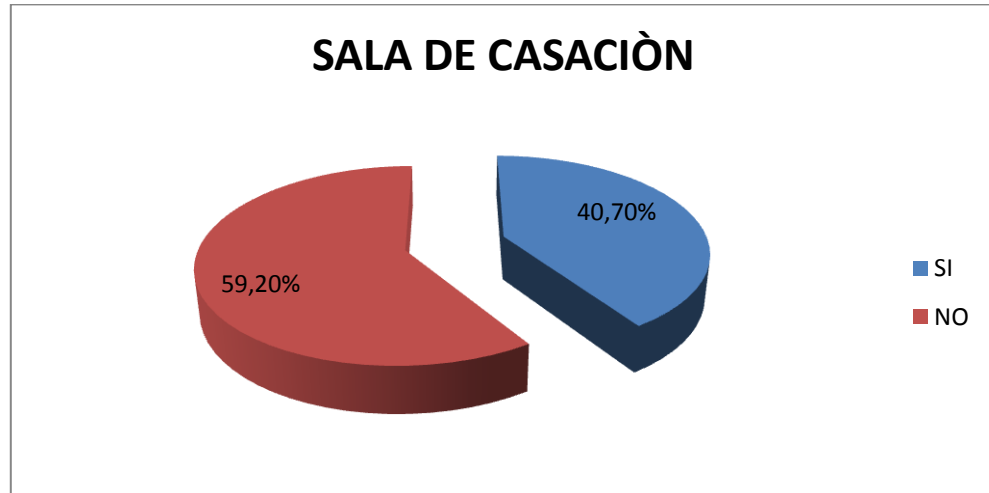
Pregunta No. 1: ...el artículo 361 del C.P.P., prohíbe al Juez el decreto oficioso de pruebas, está usted de acuerdo? De los 27 encuestados, 19 dijeron que SI, correspondiendo al 70.3% y 8 respondieron que NO,. Correspondiendo al 29.6%.



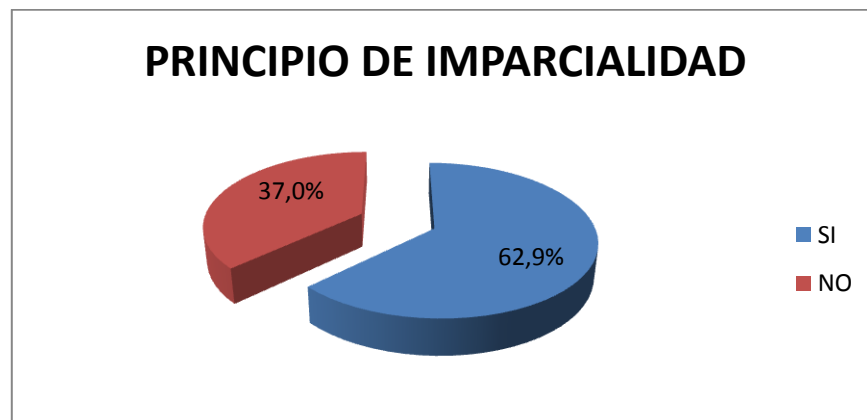
Pregunta No. 2:...La Corte de Justicia sala de casación Penal, ha propuesto que se acepte el decreto oficioso de pruebas pero solo por razones constitucionales,



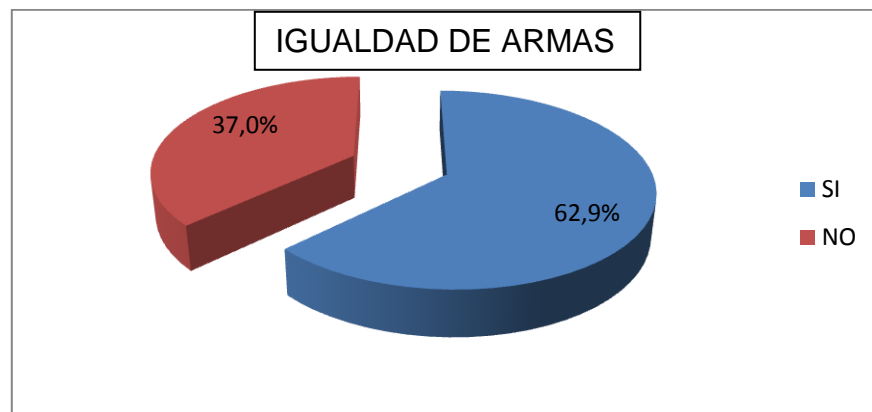
está usted de acuerdo? De los 27 encuestados 11 contestaron SI, correspondiendo al 40.7% y 16 contestaron NO correspondiendo al 59.2%.



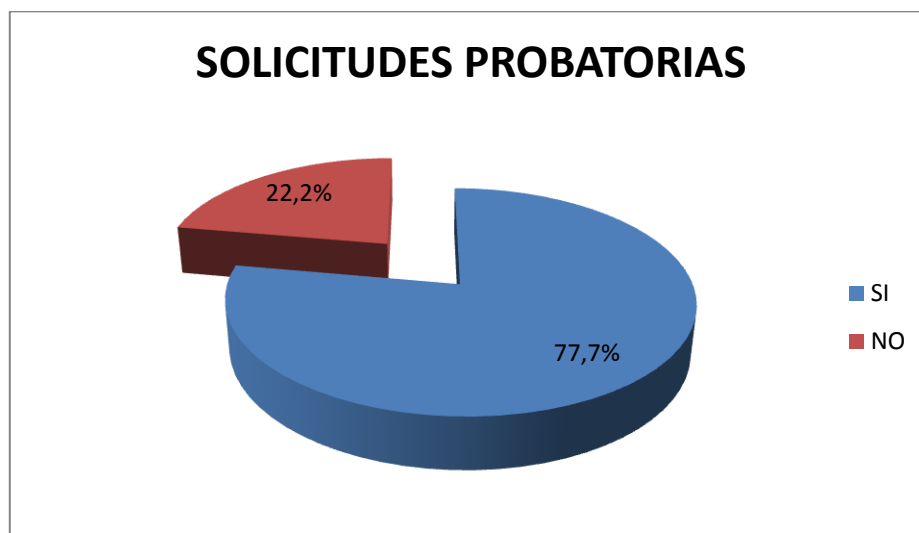
Pregunta No. 3: ...Considera usted que el decreto oficioso de pruebas es violatorio del principio de imparcialidad? De los 27 encuestados 17 contestaron SI, correspondiendo al 62.9% y 10 contestaron NO correspondiendo al 37.0%.



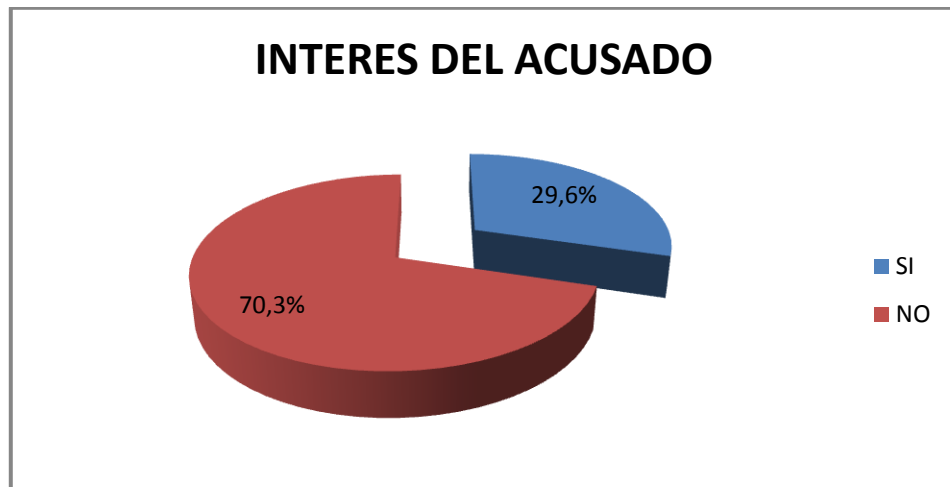
Pregunta No. 4: ...Considera usted que el decreto oficioso de pruebas viola el principio de igualdad de armas que rige un verdadero sistema acusatorio? De los 27 encuestados 17 contestaron SI, correspondiendo al 62.9% y 10 contestaron NO correspondiendo al 37.0%.



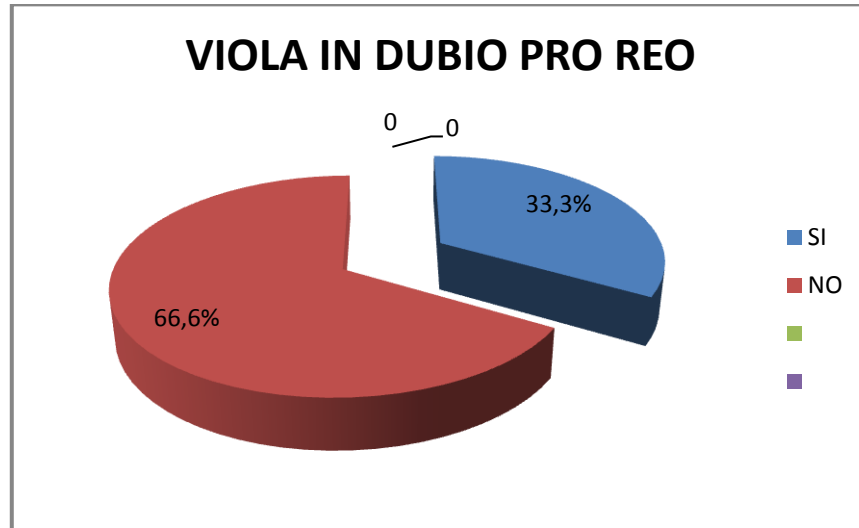
Pregunta No. 5: ...Las solicitudes probatorias que hagan las partes al Juez deben ser suficientes para llegar a la verdad material? De los 27 encuestados 21 contestaron SI, correspondiendo al 77.7% y 6 contestaron NO correspondiendo al 22.2%.



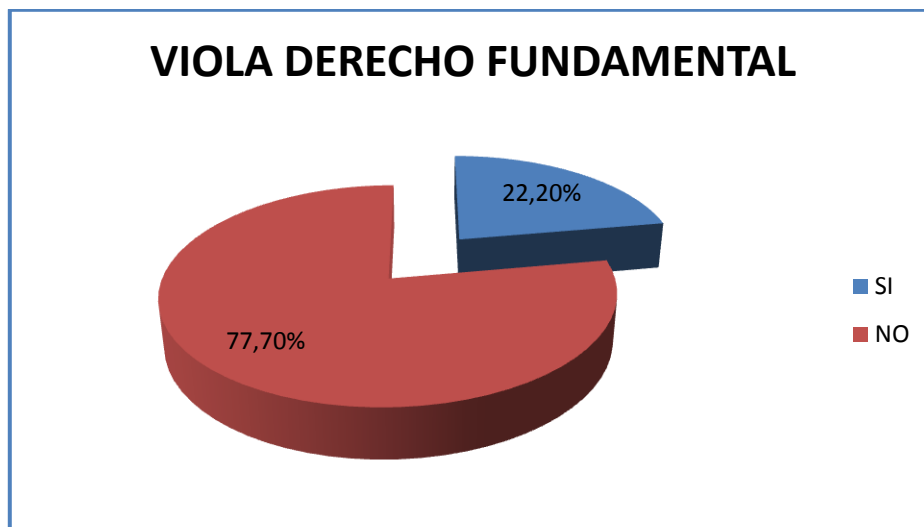
Pregunta No. 6: ...Considera usted que el decreto oficioso de pruebas siempre va en detrimento del interés del acusado? De los 27 encuestados 8 contestaron que SI, correspondiendo al 29.6% y 19 contestaron NO correspondiendo al 70.3%.



Pregunta No. 7: ...Considera usted que el decreto oficioso de pruebas es violatorio del In dubio pro reo teniendo en cuenta que la duda lo favorece? De los 27 encuestados 9 contestaron SI, correspondiendo al 33.3% y 18 contestaron NO correspondiendo al 66.6%.



Pregunta No. 8: ...Ante la inexistencia del decreto oficioso de pruebas considera usted que se vulnera algún derecho fundamental? De los 27 encuestados 6 contestaron SI, correspondiendo al 22.2% y 21 contestaron NO correspondiendo al 77.7%.



D.- En cuanto a las preguntas de tipo abierto se debe aclarar que justamente por tratarse de una respuesta sin límite se va a describir su resultado de acuerdo como cada uno de los encuestados la contesto, así tenemos:

A la pregunta No. 9: "...los defensores del decreto oficioso de pruebas, consideran que es importante que el Juez decrete de oficio pruebas con el fin de encontrar la verdad material, de igual forma que le proporcionan el pleno convencimiento para proferir una sentencia con justicia material, cual es su opinión...", contestaron así:

- Si, en casos específicos y restringidos, aclarando que los únicos que no pueden decretar pruebas son los Jueces de conocimiento art.361 C.P.P., C-396 Mayo 23 de 2007.
- Estoy de acuerdo porque el Juez con las pruebas de las partes no puede estar totalmente ilustrado para decidir, entonces es bueno que pueda decretar pruebas.
- El fin del Juez en el proceso debe ser la verdad formal , sino la material y alcanzar la justicia.
- Es que el criterio de verdad procesal es uno y el de verdad material es otro, la

construcción de verdad en el proceso inquisitivo es uno y le corresponde al Juez, la construcción de verdad en el sistema universal de adversarios es otro y es a ellos a quienes les corresponde la construcción y no auspicar a que el tercero imparcial con el decreto oficioso de pruebas tercie la balanza, pues rompe el principio de imparcialidad...

- Lo más errado que puede haber y equivocado pareciera que fuera Ley 600. Ç
- El sistema penal acusatorio es un sistema de partes y de justicia rogada.
- La verdad material se debe y se puede encontrar con las pruebas que las partes hayan solicitado, se decreten para ser introducidas al juicio, no necesariamente el salvador es el Juez, ya que si bien podrían favorecerles las de oficio también podrían perjudicarle.
- Que no, por cuanto la idea es aplicar un sistema penal acusatorio puro donde solo intervienen y practican pruebas fiscalía y defensa.
- No estoy de acuerdo porque precisamente para eso están las partes, se les dan todos los instrumentos suficientes para que ejerzan sus derechos con las mismas garantías.
- Eso es tanto como volver al sistema mixto.
- No, afecta la igualdad e imparcialidad.
- Considero impertinente esta posición toda vez que en muchas ocasiones el Juez equilibra la defensa hacia los intereses de la Fiscalía por lo que generalmente los procesados están en total desventaja.
- Estoy en contra de esa tesis porque desvirtúa los paradigmas del sistema acusatorio especialmente el adversarial.

- Considero que en un sistema adversarial como el vigente tanto la fiscalía como la defensa tienen las mismas posibilidades y garantías para la consecución de las pruebas que pretendan hacer valer por ende la intervención del Juez con el decreto de pruebas de oficio afectaría su imparcialidad.
- Conforme como esta instituido el sistema el Juez debe guardar la imparcialidad dentro del proceso, solo estaría facultado en el caso en que existiera la posible vulneración de un derecho fundamental de manera flagrante.
- No estoy de acuerdo porque el Juez debe ser imparcial y no debe contaminarse porque para eso esta cada etapa del proceso en donde cada una de las partes tienen la oportunidad de presentar las pruebas que ha de hacer valer en el juicio oral.
- El decreto oficioso obliga al Juez a recurrir a su subjetividad para la formación de su propio juicio desconociendo con ello los principios de imparcialidad y especialmente el criterio de objetividad.
- Que en un sistema adversarial el Juez imparcial no debe tomar partido, para eso el representante de víctimas y Ministerio Público pueden emplear el decreto y práctica de pruebas, recurso de revisión y de casación.
  - a. Es contraria a la naturaleza del proceso adversarial.
  - b. Estoy de acuerdo es una visión mas que tiene el fallador.
  - c. De acuerdo.
  - d. Se debe investigar lo favorable y lo desfavorable, el papel del Juez no puede ser contemplativo y neutro porque la justicia material y la verdad real debe prevalecer.
  - e. Por razón del sistema adversarial es impensable que el Juez decrete

pruebas de oficio, mucho menos encontrar la verdad material la cual no existe.

- f. Estoy de acuerdo con los defensores precisamente durante el desarrollo de la investigación en algunas oportunidades no alcanzan a acopiarse los elementos materiales probatorios para sustentar un fallo.
- g. El Juez debe buscar la verdad pero no encontrando el mecanismo del decreto de pruebas oficiosas.
- h. Que el Juez debe ser imparcial y no puede contaminarse.
- i. Pienso en la posibilidad oficiosa excepcional en favor de la búsqueda de la verdad...

A la pregunta No. 10: "...el sistema acusatorio puro no admite el decreto oficioso de pruebas, por considerar que el rol del Juez debe ser ajeno a los intereses probatorios de las partes, debe conservar su objetividad, por ello cada interviniente debe hacer sus solicitudes probatorias que le permitan probar su teoría del caso, cuál es su opinión teniendo en cuenta los principios de imparcialidad e igualdad de armas...", contestaron así:

- Se debe ponderar entre el verdadero acceso a la justicia de la comunidad con un decreto de pruebas excepcionalísimo.
- Nosotros no tenemos un sistema acusatorio puro aún sigue o conservando características del mixto.
- El sistema colombiano no puede calificarse como acusatorio puro.
- El principio de igualdad de armas es aquel que brinda igualdad de oportunidades a los intervinientes y la permisión del decreto de prueba de oficio quebranta ese principio porque la prueba así decretada favorece a una cualquiera de las partes y las reglas que determinan el descubrimiento, la enunciación, invocación que preceden al decreto y su práctica quebranta

entonces la estructura y por ende el debido proceso por lo mismo rompe el principio de imparcialidad porque hace descender al Juez a una condición de parte.

- Efectivamente el Juez no debe involucrarse con la teoría del caso ni el fiscal ni de la defensa, simplemente debe resolver.
- Estoy totalmente de acuerdo con esta teoría.
- Considero que como lo refirió la Corte Suprema en sala de Casación Penal el Juez puede y debe solicitar pruebas de oficio únicamente cuando no tengan que ver con los hechos del proceso ni con la responsabilidad penal o no del acusado, considero que puede decretar para establecer circunstancias personales tales como la inimputabilidad del acusado cuando se advierte de tal situación después de la etapa probatoria, audiencia preparatoria y ya no se puede pedir la prueba.
- Estoy de acuerdo y con ello no se viola principio alguno como quiera que es esa y no otra la esencia del sistema acusatorio mixto.
- Estoy de acuerdo.
- De acuerdo así debe ser cada quien con su roll.
- Es así devastador sería que se aprobara la oficiosidad probatoria.
- Debe aplicarse un sistema acusatorio aplicado a las necesidades colombianas y no copiar modelos foráneos, en aras a este fin el Juez debe ser imparcial y equilibrado y no como en nuestro país donde fiscalía, ministerio público y judicatura al parecer tienen intereses comunes dejando solo al más débil-defensa.
- Que es la forma correcta de asumir el roll del Juez y así se garantiza la



balanza de la justicia.

- Estoy totalmente de acuerdo ya que el Juez solamente deberá evaluar las pruebas aportadas de parte y parte y con ellas adoptar la determinación que mas se ajuste a derecho.
- Relativo al punto anterior el Juez debe fallar únicamente con lo que las partes alleguen al proceso.
- El Juez debe mantenerse ajeno a solicitar pruebas de oficio en aras de conservar su objetividad y los principios de imparcialidad e igualdad de las partes.
- Esa es la imparcialidad que responde a un deber ser pues no se pueden trasladar las diferencias de las partes para justificar el desconocimiento de una de las principales garantías del sistema como lo es el Juez imparcial porque para decretar pruebas se debe partir de un juicio hipotético del caso para que la prueba cumpla algún fin dentro de la hipótesis que pueda plantear el Juez y eso ya rompe su neutralidad, cuando un Juez decreta una prueba de oficio asume posición de parte.
- Que es la mejor forma de garantizar los principios.
- Estoy de acuerdo.
- El decreto oficioso va en busca de la verdad siendo imparcial sin ningún otro interés que buscar fallar ajustado a una mejor apreciación de los hechos.
- La verdad en el proceso es interés del Estado.
- Que en Colombia apenas se ha implementado un proceso adversarial con algunos elementos de principio acusatorio pero no es en esencia sistema acusatorio debería considerarse ajustar el proceso a la tradición de ley 600 de

2000 lejos de conceptos de otra tradición jurídica.

- El Juez que decrete pruebas pierde imparcialidad incluso el solo hecho de interrogar el testigo destaca interés de conocer situaciones que de uno u otro modo corresponde demostrar a los intervinientes no al Juez.
- En mi opinión considero que el Juez si debería decretar pruebas de oficio cuando adolezca la actuación de elementos o sustento probatorio suficiente para adoptar una decisión justa en derecho y equitativa que no tenga acercamiento a la impunidad.
- De acuerdo porque la actividad del Juez en materia probatoria debe ejercerse desde la diligencia de formulación de acusación.
- Estoy de acuerdo que el Juez debe ser ajeno a los intereses probatorios de las partes pero eventualmente puede sugerir especialmente en la audiencia de acusación que falte alguna prueba para el juicio.
- Que cada parte debe fundamentar con suficiencia su teoría del caso...

## **5.7 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS**

De acuerdo con las respuestas obtenidas de las encuestas y de los objetivos trazados dentro de la presente investigación podemos concluir, que la mayoría de los participantes, están de acuerdo con nuestro planteamiento general, en el sentido que en un sistema acusatorio no debe existir el decreto oficioso de pruebas, porque permitirlo hace que se violen los principios de imparcialidad, de in dubio pro reo y de igualdad de armas que debe regir en un sistema acusatorio y aun cuando se hace la salvedad en muchas de las respuestas, que el nuestro no es un sistema acusatorio puro si existe la sensación en la mayoría que permitir el decreto oficioso de pruebas convierte al juez en parte y eso es precisamente lo que se quiere evitar con la entrada en vigencia del sistema acusatorio.

Es evidente que para la mayoría de los encuestados, tanto en la prueba piloto como en la prueba final se encuentran de acuerdo con lo expuesto en el artículo 361 del C.P.P., que prohíbe al Juez el decreto oficioso de pruebas, lo cual corrobora uno de los objetivos específicos de éste estudio, cual es establecer la importancia de mantener la aplicación de dicho artículo y que en consecuencia se mantenga la triada, acción, jurisdicción defensa.

Así mismo, se identificó que la mayor parte de los encuestados no considera viable el decreto oficioso de pruebas, aún cuando sea por razones constitucionales, como lo ha pretendido la corte Constitucional al plantear que al juez le sería permitido el decreto oficioso de pruebas pero solo por razones constitucionales.

Se estableció a través de las encuestas, que el decreto oficioso de pruebas si viola el principio de imparcialidad, así como el de igualdad de armas que debe regir un sistema acusatorio, pues la mayoría de los encuestados así lo manifestó, siendo acorde la pregunta objeto de ésta investigación.

De conformidad con lo expuesto por la mayoría de los encuestados debe ser suficiente dentro del juicio que se hagan solicitudes probatorias solo por las partes y que ellas deben ser suficientes para decidir, tal como lo planteamos en el problema de la investigación, asegurando de ese modo la objetividad e imparcialidad del fallo.

Se pudo establecer además, de acuerdo con el criterio de los encuestados, que en el caso que se decretaran pruebas de oficio por parte del juez, esta actuación no tendría que ir necesariamente en contra de los intereses del acusado, ni sería violatorio del principio del in dubio pro reo.

Por último consideraron los encuestados, que el hecho de que no se decreten pruebas de oficio, no viola ningún derecho fundamental del procesado, siendo entonces coincidente con el objetivo de la presente investigación en el sentido de propender porque se mantenga incólume la aplicación del art, 361 de nuestro ordenamiento procesal penal.

De acuerdo al criterio de los encuestados, el decreto oficioso de pruebas puede ser útil con el fin de encontrar la verdad material, de igual forma que le proporcionan el pleno convencimiento para proferir una sentencia con justicia material, siempre que dicho decreto oficioso se realice de una manera restringida, no en todos los casos, sino en casos especiales que lo obliguen a decretarlas para llegar a la verdad material.

Sin embargo frente a este mismo acápite, algunos encuestados consideran que el criterio de verdad procesal es uno y el de verdad material es otro, la construcción de verdad en el proceso inquisitivo es uno y le corresponde al Juez, la construcción de verdad en el sistema universal de adversarios es otro y es a ellos a quienes les corresponde la construcción y no auspiciar a que el tercero imparcial con el decreto oficioso de pruebas tercie la balanza, pues rompe el principio de imparcialidad, porque el sistema penal acusatorio es un sistema de partes y de justicia rogada.

La verdad material se debe y se puede encontrar con las pruebas que las partes hayan solicitado, se decreten para ser introducidas al juicio, no necesariamente el salvador es el Juez, ya que si bien podrían favorecerles las de oficio también podrían perjudicarle, de todas maneras la balanza se inclinaría para uno u otro lado perdiéndose la imparcialidad, a cada se le da todos los instrumentos suficientes para que ejerzan sus derechos con las mismas garantías.

Se debe investigar lo favorable y lo desfavorable, el papel del Juez no puede ser contemplativo y neutro porque la justicia material y la verdad real debe prevalecer, opinan algunos y para ello puede valerse de la herramienta del decreto oficioso de pruebas.

Por último el criterio de los encuestados frente al no decreto oficioso de pruebas en el sistema acusatorio, por considerar que el rol del Juez debe ser ajeno a los intereses probatorios de las partes, debe conservar su objetividad, por ello cada interviniente debe hacer sus solicitudes probatorias, que permitan probar su teoría del caso, es decir que se conserve el principio de igualdad de armas, que es aquel que brinda igualdad de oportunidades a los intervinientes y la permisión del decreto de prueba de oficio quebranta ese principio porque la prueba así decretada favorece a una cualquiera de las partes y las reglas que determinan el descubrimiento, la enunciación, invocación que preceden al decreto y su práctica quebranta entonces la estructura y por ende el debido proceso por lo mismo rompe el principio de imparcialidad porque hace descender al Juez a una condición de parte

Están de acuerdo la mayoría de los encuestados en que el Juez solamente debe evaluar las pruebas aportadas de parte y parte y con ellas adoptar la determinación que más se ajuste a derecho, debiéndose mantener ajeno a solicitar pruebas de oficio en aras a conservar su objetividad y los principios de imparcialidad e igualdad de las partes.

El Juez que decreta pruebas pierde imparcialidad incluso el solo hecho de interrogar el testigo destaca interés de conocer situaciones que de uno u otro modo corresponde demostrar a los intervinientes no al Juez.

## CONCLUSIONES

- El Sistema Procesal Penal vigente de tendencia acusatoria se rige por el principio adversarial modulado, como quiera que, además de las partes -fiscalía y defensa-, permite la intervención de las víctimas y el Ministerio Público.
- Las funciones de la Fiscalía General de la Nación, por efectos del Acto Legislativo No. 03 de 2002, no tienen naturaleza judicial.
- El Sistema Procesal Penal vigente garantiza y materializa el principio de “Inmediación de las pruebas”.
- El Sistema Procesal Penal vigente en nuestro país, en tema probatorio habilita al Fiscal, la Defensa, La víctima<sup>175</sup> y al Representante del Ministerio Público<sup>176</sup>, quienes en desarrollo del proceso penal, se comprometen a la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia material.
- La Audiencia de Juicio Público Oral se constituye en escenario para la práctica de las pruebas que fueron decretadas en la Audiencia Preparatoria. Excepcionalmente puede dársele aplicación al párrafo final del artículo 344 del C.P.P.<sup>177</sup>.
- El Juez no puede decretar pruebas de oficio por prohibición legal<sup>178</sup>, pues no solo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presenten a su consideración<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Op. cit., Art. 11, literal d.

<sup>176</sup> Ibíd., Art. 277, numeral 7º C. Pol.; 112 y 357 inciso final.

<sup>177</sup> “...Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba...”

<sup>178</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Op. cit., Art. 361.

<sup>179</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 de 2007, Op. cit.

- No compartimos la prohibición que pesa sobre el juez de conocimiento para decretar pruebas de oficio por el juez de conocimiento en sede de juicio oral, toda vez que la búsqueda de la verdad material debe permitirle ordenar, dentro de algunas limitaciones, la práctica de pruebas que las partes, el ministerio público o las víctimas no hayan pedido y que resulten trascendentales para esclarecer lo realmente acontecido.
- Sí el sistema procesal penal sui generis, vigente en nuestro territorio, en materia probatoria permite la participación de la víctima y el Ministerio Público, con mayor razón, no puede limitar la potestad del Juez, para que decrete pruebas de oficio.
- No es función del Juez declarar la verdad que a bien tengan construir los intervinientes en desarrollo del proceso penal, cuando Constitucional y legalmente debe procurar la verdad histórica y objetiva como presupuesto para la realización de la justicia material.
- Desde nuestra posición, consideramos que el artículo 361 del C.P.P., dependiendo de la necesidad de decretar de manera oficiosa la práctica de pruebas, resulta inaplicable, por lo que debe acudir al artículo 4º de la Constitución Política para su inaplicación, al menos hasta tanto la Corte Constitucional no decida de fondo sobre este tema.
- Constitucionalmente el Juez debe erigirse en defensor de la verdad y consecuente con ello, materializar la Justicia.
- El concepto de verdad material constitucionalmente se mantiene incólume, aun cuando en materia penal se aplique el modelo acusatorio adversarial y en desarrollo del mismo se pretenda mutar la verdad por la meramente formal, dialéctica y procesal, así lo confirma el artículo 5º del C.P.P. Norma rectora que consagra que “los jueces se orientaran por el imperativo de establecer

con objetividad la verdad y la justicia.

- La prueba se obtiene siempre por mediación del juez.
- Pese a que la lectura de la encuesta adelantada en este trabajo indica la conformidad de los intervinientes en el proceso penal respecto a la prohibición de la prueba oficiosa, bajo el entendido de que forzosamente se inclinaría la balanza hacia una de las partes haciendo que el resultado del juicio fuese desequilibrado, insistimos en nuestra postura respecto a que si el juez de conocimiento tiene esa posibilidad, el resultado forzosamente debe ser el de un juicio justo porque la facultad oficiosa debe estar dirigida a la búsqueda de la verdad real y a la equitativa administración de justicia, por cuanto si esa facultad se ejerce de manera EXCEPCIONAL, estudiada, objetiva y con el único fin de dictar una sentencia no solo ajustada a derecho sino acorde con el acontecer real de los hechos, el resultado debe ser una decisión que consulte el espíritu de la justicia.
- La facultad oficiosa debe ser excepcional, y el Juez solo debe acudir a ella cuando perciba que las partes omitieron hacer solicitud de un medio probatorio relevante para las resultas del proceso, o cuando equivocadamente elijan un medio que dilate el ejercicio probatorio.
- Por último, es importante resaltar que el objetivo principal de este trabajo es dejar en claro que es fundamental para el Juez de conocimiento tener la facultad oficiosa del decreto de pruebas de manera excepcional, con el único fin de llegar a la verdad real de los hechos sin afectar la teoría del caso de ninguna de las partes, ni los principios que rigen el procedimiento penal.



## **PROPUESTA**

Con el fin de que el contenido del presente trabajo se haga viable en nuestro ordenamiento procesal sería necesario, hacer una propuesta que desde la perspectiva del presente trabajo haga efectivo la aplicación del Decreto oficioso de pruebas y ello se lograría modificando el artículo 361 del C.P.P., a efectos de otorgarle al Juez la facultad del decreto oficioso de pruebas, siendo en este caso indispensable referir que tal facultad sería única y exclusivamente con el propósito de que el Juez pueda llegar a la verdad real de los hechos y así aplicar una sentencia conforme a ese principio.

De acuerdo con lo que se expuso supra, es necesario hacer un análisis pormenorizado de las ventajas que dicha modificación a la ley traería, pues no se puede perder de vista que para el común del usuario del nuevo sistema penal acusatorio es mas favorable que el Juez no tenga esa facultad, arguyendo para ello que así no pierde la independencia e imparcialidad al momento de decidir y que se trata de un sistema adversarial en el que solamente se deben debatir las pruebas de los dos contendientes principales Fiscal-Defensor.

Pese a que el sentir de la mayoría en cuanto a que el artículo 361 de nuestro actual Código de Procedimiento Penal se mantenga incólume, es menester revisar cual sería el efecto que esa facultad oficiosa del Juez traería consigo, pues no se trata en este caso de un capricho ni un ejercicio de la autoridad arbitraria del juzgador sino de un estudio concienzudo del caso que se presenta ante sí a fin de que ese decreto oficioso permita establecer la verdad para lograr una decisión equitativa y verdaderamente justa, de tal manera que al producirse una modificación a esa norma no se le estaría otorgando poderes de parte al Juez sino una actividad que permita de manera subsidiaria determinar si quien funge como acusado es o no responsable.

Es evidente que la mayoría de los encuestados durante la prueba de campo practicada en desarrollo del presente trabajo y que fuera dirigida a Fiscales, Defensores y Jueces, muestra la preocupación de los usuarios del sistema respecto de que se le otorgue al Juzgador esa facultad de decreto oficioso de pruebas por considerar que el Juez debe ser ajeno a ese decreto, toda vez que señalan que el hecho de decretar una prueba hace por si mismo que el ejercicio del juicio se incline hacia una de las partes, es decir, que ese decreto oficioso es nocivo por que resulta violatorio del principio de Igualdad de armas del que habla la doctrina, pero ante ese temor hemos rescatado que la labor del decreto oficioso no puede tener como fin prestar colaboración a una de las partes para ser efectiva su teoría del caso sino que la finalidad debe ser exclusivamente para aclarar algún punto que haya quedado por dilucidar, sin que ello busque como pretensión beneficiar a alguna de las partes sino buscar la verdad para hacer material la justicia.

Es por lo anterior que una de las motivaciones que debe tener el proyecto de ley que modifique el artículo 361 del C.P.P., es precisamente hacerle saber al operario de la justicia que el decreto oficioso no puede ser ilimitado, pues lo que se busca al otorgar esa facultad es hacer consideraciones que le permitan al juzgador determinar si de alguna manera resulta necesario decretarla y que esa admisibilidad permita que el Juez tenga mayores elementos para adoptar su decisión final; no puede entonces desde ese punto de vista considerarse que esa facultad oficiosa llevaría al traste el espíritu del sistema penal acusatorio porque si se hace desde una óptica y con fines de lograr una sentencia que resulte coherente con la situación fáctica real sería un éxito de la justicia y no un desatino de la misma, pues como se dijo en las conclusiones tal actuación procesal no atenta contra los actos de juzgamiento, por el contrario los fortalece.

Para efectos de hacer viable esta propuesta es necesario recordar que el fin último de la aplicación de justicia es la equidad y que la equidad solo se obtiene

con la verdad; para ello entonces debemos examinar el concepto de verdad, que es un concepto que tiene múltiples definiciones desde el ámbito que se le mire por ejemplo, la verdad como coincidencia del conocimiento con su objeto, según KANT, la verdad como unión del conocimiento, el pensamiento y la realidad según los epistemólogos<sup>180</sup>, entre otros, aunque se sabe que la verdad es solo una se tiene que se llega a ella solo cuando no hay ninguna contradicción entre el conocimiento, el pensamiento y la realidad.

En ese orden de ideas hay que diferenciar entre verdad real y verdad procesal, siendo la primera de ellas aquella que habla de la calidad de lo que es cierto, es decir, conformidad de lo que se dice con lo que existe, es la realidad lo que verdaderamente sucede, la que esta en los hechos, la objetiva, es decir el DEBER SER; mientras que la segunda es la proporcionada por los negocios jurídicos, por las pruebas, otorgada por la certeza la que esta en el Juez, lo que es; lo que nos lleva a determinar que existe un ser verdad procesal y un deber ser verdad real.

Así las cosas tenemos que cuando estamos ante el ejercicio de la actividad judicial en el desarrollo mismo del juicio oral debemos determinar de donde proviene el conocimiento de esa verdad y esa fuente dentro del proceso no es otra cosa que las pruebas, porque ellas determinan los hechos y el Juez debe atenerse a lo que obra en este, de manera tal que cabe preguntarnos si es mas importante la verdad real o la verdad procesal al momento de decidir y la respuesta contundente es la verdad real, motivo por el cual es menester que el juzgador se valga de todas las herramientas con las que cuente para poder lograr ese fin y así poder emitir un fallo en equidad.

No se puede desestimar que para este efecto el Juez cuenta con todas las herramientas que facilitan el camino para lograr su convicción que obligatoriamente debe ceñirse a la verdad de los hechos y teniendo en cuenta

---

<sup>180</sup> DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. Ediciones Larousse París Francia, 1989.

esas herramientas se concluye que no debe haber temor en que el Juez disponga de la facultad oficiosa para decretar pruebas que coadyuven a cumplir su labor y a lograr una justicia verdadera; dentro de esas herramientas con que cuenta el Juez se cuenta la posibilidad de admitir e inadmitir las pruebas solicitadas por las partes, el estudio juicioso de las causales de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, los impedimentos las recusaciones, los recursos, las nulidades, todo ello con el fin de barrer del proceso cualquier conato de parcialidad o desequilibrio procesal, siendo ello así el decreto oficioso puede ser una herramienta útil si el juzgador la utiliza cumpliendo a cabalidad los requisitos para admitir una prueba ordenándola porque se requiera para lograr certeza y determinar que en últimas la práctica probatoria permite que se coincida con la verdad de lo históricamente acaecido.

Es que si la labor del juzgador es la de determinar si el acusado es responsable o no los instrumentos de que se valga, legalmente, para cumplir ese fin son válidos porque el hecho de que se decrete una prueba de oficio no puede desecharse pensando en que esa sola practica oficiosa lleve a la condena del acusado o desequilibre el principio de igualdad de armas, al contrario, esa posibilidad haría que si una persona que esta siendo procesada en realidad es inocente así resulte o al contrario, si es responsable se condene, sin olvidar que aún esa decisión del decreto oficioso es susceptible de recursos, de ser revisada para que se determine si en realidad el decreto de esa prueba era útil, conducente, pertinente, necesaria y buscaba realmente complementar la actividad de las partes para llegar a la verdad.

Una característica importante y sobresaliente del sistema actual es el principio de inmediación de la prueba que implica la percepción directa del juzgador durante el proceso de toda la práctica de la prueba, motivo por el cual hay mayor confiabilidad en el usuario del sistema porque esa inmediación permite que las partes tengan la tranquilidad de que sea el mismo Juez quien conozca de primera

mano todo lo que cada uno de los interesados pretende demostrar, si en ese camino que resulta confiable, el Juez considera que hay un vacío probatorio que se debe satisfacer a través del decreto oficioso de una prueba, evidentemente con el solo fin de llegar a la verdad, esa decisión implicaría mayor seguridad para las partes porque el Juez interactuando con ellas, tiene la posibilidad de descubrir, qué fue lo que las partes dejaron de lado y que resulta trascendente para decidir o para llegar a la verdad real.

El papel del juzgador debe ser activo y en esa medida, estar atento a la actuación de las partes, juicioso en el ejercicio de su deber, debe tener la facultad de establecer lo que haga falta para desentrañar la verdad y emitir un fallo justo, en equidad, si se hace con respeto a la constitución y la ley, no se debe pensar entonces que esa tarea desequilibra el proceso, sino que coadyuva a la verdadera administración de justicia, porque cuando el ejercicio judicial se cumple de manera juiciosa, ordenada y seria, los contendientes quedan satisfechos, porque saben que se obro con justeza.

En nuestro actual sistema el principio de imparcialidad es protagonista habida cuenta de que es uno el Juez de la fase preliminar y otro el Juez de conocimiento o fase de juicio, ello implica que al estar el Juzgador de conocimiento desligado de la parte que tiene que ver con los derechos fundamentales del procesado se garantiza que su decisión va inequívocamente dirigida a establecer la responsabilidad penal o no del acusado, siendo ello así, debe decirse que la posibilidad del decreto oficioso que debe dirigirse exclusivamente a buscar la verdad debe operar solamente en la fase de juicio, es decir, debe ser una facultad de la que goce el Juez de conocimiento toda vez que el Juez de la fase preliminar ello es, el Juez de garantías, solo tiene que ver en su actividad con el derecho penal de acto, por ello lo que tiene que ver con la responsabilidad le corresponde solo al Juez de conocimiento y en ese entendido debe ser él quien deberá gozar de esa prerrogativa oficiosa.

Una vez establecido que el único objetivo del decreto oficioso de pruebas es llevar al Juez al convencimiento o certeza de que se encontró la verdad debemos concluir que a este sistema si le hace falta otorgarle esa facultad al Juez y ello solo se logra a través de la modificación del artículo 361 del C.P.P.; para ese efecto debe presentarse un proyecto de ley modificatorio de ese artículo cuya razón de ser es que el actual sistema no contempla esa facultad oficiosa para el Juez y al ser ello así debe tenerse como fundamento o motivación lo expuesto en desarrollo del presente trabajo, ello teniendo en cuenta que para presentar un proyecto de ley modificatorio debe tenerse en cuenta la necesidad, conveniencia, utilidad, factibilidad y adecuación al ordenamiento jurídico vigente y entonces debemos decir que a pesar de que nuestro sistema es acusatorio, no lo es de manera absoluta por cuanto en varias actuaciones se vislumbra que se trata de un sistema mixto y siendo ello así porque no traer la figura del sistema inquisitivo del decreto oficioso de pruebas cuando si lo desarrollamos de la manera en que lo hemos plantado resulta una herramienta útil para la tarea que debe cumplir un buen Juez.

En ese orden de ideas el texto de esa norma quedaría así:

**Artículo 361: "...El Juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio solo en casos en que sea necesario, conveniente y útil para llegar a la verdad y fallar en equidad.**

**...La posibilidad del decreto oficioso de prueba lo será solo en etapa de juzgamiento y para ese fin debe atenerse a la Constitución y la Ley expresando las razones por las cuales procede ese decreto..."**.

**...Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes y son susceptibles de los recursos ordinarios..."**.

Nótese que esta modificación al artículo 361 vigente no implica de ninguna manera un deslinde de la norma constitucional, al contrario es precisamente la Constitución la que establece como una garantía sustancial de eficacia del deber

del Estado llegar a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros dados por las mismas garantías y libertades establecidas tanto en la Constitución como en la Ley, su finalidad sustancial entonces no va en contra de la Ley procesal de hecho en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal MP. EDGAR LOMBANA TRUJILLO<sup>181</sup> se esbozo la posibilidad de que el Juez de manera excepcional pueda decretar una prueba de oficio siempre que se cumpla con los fines constitucionales argumentando las razones por las cuales en el caso concreto decreta esa prueba refiriendo porque para ese caso específico prefiere dar aplicación al artículo 4º de la Constitución y cual es la finalidad de ese decreto oficioso, siendo ello así resulta mas eficaz, menos complicado, mas expedito otorgar legalmente esa facultad que exigirle al juez que solo sea de manera excepcional y que tenga dentro del juicio penal que realizar un debate constitucional para poder decretar una prueba.

La experiencia enseña que el decreto oficioso de pruebas es una necesidad para el buen cumplimiento de la administración de justicia, pues no se puede perder de vista que en la última modificación de la Ley procesal Civil denominado Código General del Proceso<sup>182</sup>, se contempla dentro del Título único de pruebas, Capítulo Primero, artículos 169 y ss., que el Juez debe decretar pruebas de oficio en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia, las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes, pero en esta área del derecho las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso.

Lo anterior significa que sigue estando vigente el poder inquisitivo del Juez en materia civil que tiene unos rasgos similares con los del penal pero que exigen

---

<sup>181</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 24468 30 de marzo de 2006, Op. cit.

<sup>182</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código del Proceso y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial N° 48489 de julio 12 de 2012.

una diferenciación a efectos de evitar poderes ilimitados del Juez, veamos: En el Código General del Proceso la facultad oficiosa se expone para el Juez como un deber, mientras que en la modificación que se propone a esa facultad dentro de este trabajo, no es un deber sino una posibilidad de la que puede o no hacer uso el juzgador; de otra parte, en el Código General del Proceso se desecha la posibilidad de que las providencias que decreten pruebas de oficio no pueden ser recurridas, mientras que en la propuesta modificatoria de la norma se previene que esas decisiones no solamente puedan ser controvertidas sino recurridas porque solamente de esa manera se asegura un equilibrio judicial para las partes.

En desarrollo del fin que se propone en este trabajo de permitir que el juzgador tenga la facultad del decreto oficioso de prueba puede exponerse también que no sea a través de una reforma modificatoria de la Ley sino dando aplicación al principio de Favorabilidad, echando mano de la vigencia que tiene en la actualidad la COEXISTENCIA de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004.

En ese entendido podría ser viable entonces que de acuerdo con la aplicación de los principios de legalidad y favorabilidad de la ley penal para un caso específico se haga uso del artículo 401 de la Ley 600 de 2000 en el entendido de que como en esta ley se permite el decreto de pruebas de oficio, llegado el caso el Juez motu proprio decreta oficiosamente la práctica de una prueba alegando que es mas favorable para el procesado y dando cumplimiento al artículo 16 de la misma ley que refiere que en la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial y buscarán su efectividad derivando su contenido de lo expuesto por el artículo 228 de la Constitución Política y en ese entendido es perfectamente viable que el Juez haga uso de esa herramienta que de ninguna manera rebasa el ordenamiento constitucional.



## BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL. Técnicas del Juicio Oral: Lecturas Complementarias. Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal USAID.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2012.

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Augusto. Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005.

.ARENAS SALAZAR, Jorge. Crítica del Indicio en Materia Penal. 3ª Ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1998.

ARMENTA DEU, Teresa. Principio acusatorio y derecho penal. Barcelona: Editorial Bosh, 2003.

BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.

BAUER W. Introducción al estudio de la historia, trad. esp., Barcelona, 1944.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema penal acusatorio. Tomo I. Bogotá: Edición Universidad Externado de Colombia, 2004.

BOVINO, Alberto. Ingeniería de la verdad. Procedimiento Penal Comparado. Editorial Universidad Santiago de Chile, 1995.

BRICHETTI, Giovanni. La evidencia en el proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

CANCINO MORENO, Antonio José, Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica 1ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CAÑÓN SÁNCHEZ, Adriana María y otros. En: Revista Trimestral No. 7 Instituto de Postgrados Universidad Libre. (Marzo, 2002).

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. La presunción de inocencia. 2ª Ed. México: Editorial Porrúa, 2006.

CERDA. Los elementos de investigación: cómo reconocerlos, diseñarlos y construirlos. Bogotá. Editorial el Búho Ltda., 2002.

CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto. Código Procesal Penal. Tomo II. Santa Fe de Costa Rica, 1998.

CÓDIGO PROCESAL PENAL. Edición Oficial. 4ª Ed. Editorial Jurídica de Chile, 17 de enero de 2006.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE. Ministerio de Justicia. Publicado el 12 de octubre de 2000, Santiago de Chile.

DALL'ANESE, Francisco. Falta de fundamentación de la sentencia y violación de las reglas de la sana crítica. En: Revista de Ciencias Penales (Diciembre, 1992).

DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoría de la Prueba. 9ª. Ed. Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A., 1983.

\_\_\_\_\_. Nueva teoría general de la prueba. Buenos Aires, 1919.

\_\_\_\_\_. Las ciencias y el método reconstructivo, Buenos Aires.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Tratado sobre las pruebas Penales. 3ª Ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1992.

DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. Ediciones Larousse París Francia, 1989.

ELLERO, Pietro. De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. 6ª. Ed. Madrid: Editorial Reus S.A., 1986.

ETTORE, Dosi. La prueba testimonial. Bogotá: Editorial Temis, 1986.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Vol. I 2ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FISCALÍA Y PROCESO PENAL. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. 1992.

FITTING. "Die Grundlagen der Beweislast", en revista Zeitschrifts fur des destsches Civilprozess. Tomo I, 1889.

GARCÍA ROJAS, Rogelio Gerardo. Defensa adecuada en la averiguación previa. En: Revista del Instituto federal Defensoría Pública. México (marzo, 2008) No. 2.

GIANTURCO, Vito. Los Indicios en el Proceso Penal. Trad ROMERO SOTO, Julio. Bogotá, 1974.

GIMENO SENDRA, Vicente. La oralidad en el proceso penal. 1ª Ed. Bogotá: Editorial Jurídica de Colombia Ltda., 2004.

GIRALDO J, GIRALDO M y GIRALDO A. Socio jurídica, metodología y técnica de la investigación. 2ª Ed. Bogotá: Ediciones Librería del profesional.

GHERSI, Carlos Alberto. Metodología de la investigación en ciencias jurídicas. 3ª Ed. Argentina: Ediciones Gowa Profesionales, 2004.

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Editorial Leyer 2011.

GORPHE, Francois. La critica del testimonio. Madrid, 1962.

HURTADO POMA, Juan R. Ensayos jurídicos contemporáneos. Tomo I. Perú, 1980.

IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. "Valoración de la prueba, motivación y control en el Proceso Penal". Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, S.L., 1995.

J.HESSEN. Teoría del conocimiento. Bogotá. Ediciones Universales. 1981.

JUICIO ORAL. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004: Sobre la etapa del Juicio Oral. Guía Práctica N° 02. Gaceta Penal. Gaceta Jurídica SA. 1ª Ed. Edición Octubre de 2009.

LEHRBUCH d. dts. Civilprozessrechts, t. II, Munchen, 1896.

LERMA, H.D. Metodología de la investigación, propuestas, anteproyecto y proyecto. Bogotá: Ecoe editores, 2008.

LLORENTE, Juan Antonio. La inquisición y los españoles. Madrid: Imprenta de Sancha, 1812.

MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: Editorial José María Bosch editor, 1997.

MITTERMAIER, Tratado de la prueba en materia criminal. 9ª Ed. Madrid, 1959, trad. Esp.

MORALES MARÍN, Gustavo. Fiscalía y Proceso Penal, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 1992.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y otro, El Proceso Penal Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio. 5ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

MUÑOZ, Sabaté Luis. Técnica Probatoria, Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Bogotá: Editorial Temis, 1997.

PABÓN GÓMEZ, Germán. Lógica del Indicio en Materia Criminal. 2ª Ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1995.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. El Juez Penal Juicio Oral y Pruebas de Oficio. 1ª Ed. Bogotá: Departamento de Derecho Penal y Criminología Externado de Colombia, 2006.

PICÓ JUNIO, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Editorial Bosch, 1997.

PIETRO CASTRO, Leonardo. Cuestiones de Derecho Procesal. Madrid: Editorial Reus, 1947.

RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. El juicio oral en Colombia. 2ª Ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004.

RAMÍREZ LLERENA, Elizabeth. La investigación socio jurídica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2001.

RAMÍREZ E. La investigación socio jurídica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2001.

RAWLS, John. A Theory of Justice. En: Revised edn, Oxford: OUP, 1999.

REYES MEDINA, César Augusto; CHAVARRO, Solanilla y SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistemas procesales y oralidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2003.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Medios Probatorios, Bogotá: Editorial Librería Jurídicas Wilches, 1989.

STEIN. Das prívate wissen des Richter. Leipzig, 1893.

SÁNCHEZ DEL RIO. El derecho del porvenir. Madrid, 1964.

SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnica del juicio Oral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 3ª Ed., 2010.

URRUTIA MEJÍA, Hernando y Otros. Sistema Penal Acusatorio, Audiencias Preliminares y Juicio Oral. Tomo II. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Temas Selectos en Derecho Constitucional, Interpretación jurisprudencial. 1ª Ed. Bogotá: Universidad Libre, Facultad de Derecho Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, 2011.

## **REFERENTE JURISPRUDENCIAL**

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-508 de 30 de Junio de 2011. Referencia Expediente N°. 2927070, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL C-144 de 3 de Marzo de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-395 de 24 de 2010. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-555 de 19 de Agosto de 2009, Ref. Expediente No. T-2263652. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-396 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Referencia Expediente D-6501, C-159 de 7 de marzo de 2007. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 21 de Marzo de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C-454 del 7 de Junio de 2006. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-966 de 21 de Octubre de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-993 del 23 de Octubre de 2003. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 del 3 de Abril de 2002. M.P. Drs. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-159 de 6 de Marzo de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1031 de 27 de 2001. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-161 de 1998. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Expediente T-125998. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, 13-06-97.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-055 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995. MG. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-540 de 1993, MG. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera de Revisión. Sentencias T-459 del 15 de Julio de 1992 y T-501 del 21 de Agosto de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-460 del 15 de Julio de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 del 1 de Octubre de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 del 13 de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574 de 1992. MG. Dr. Ciro Angarita Barón

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 29415 del 4 de febrero de 2009. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de Diciembre de 2007. Proceso No. 28432, M.P. Dra. María del Rosario González de Lemus.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 24468 30 de marzo de 2006. M.P. Edgar Lombana Trujillo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal - Sala de Tutela. Sentencia del 12 de Diciembre de 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 28432. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemus.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de Marzo de 2005, Radicado No. 18.103 M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de Marzo de 2005, Radicación No. 21422. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. Proceso 21703 del 11-03-2009. M.P. Dra. María del Rosario González de Lemos.

CORTE EUROPEA DE DD.HH. Sentencia del 1 de octubre de 1982. Caso Piersack v. Bélgica.

## **REFERENTE NORMATIVO**

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo No. 003 de 2002. “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”. En: Diario Oficial N° 45.040 de 2002.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código del Proceso y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial N° 48489 de julio 12 de 2012

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario Oficial N° 45.657, de 31 de agosto de 2004.

## PAGINAS WEB

ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA. Actividad Económica. Consultado el 20 de agosto de 2012. Disponible en [www.acj.org.co](http://www.acj.org.co)

CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. Opin. Jurid. Vol. 9 N°. 18 Medellín July/Dec, 2010. Consultado el 24 de junio de 2012. Disponible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302010000200011&script=sci\\_arttext#12](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302010000200011&script=sci_arttext#12)

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COSTA RICA. Ley N° 7594, publicada en el alcance 31 a la Gaceta 106 de 4 de junio de 1996. Consultado el 15 de septiembre de 2012. Disponible en [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=220086#LinkTarget\\_1453](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=220086#LinkTarget_1453)

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Consultado el 6 de septiembre de 2012. Disponible en <http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>

GALERÍA LABORATORIO DE HISTORIA. Representación reforma procesal penal, 2009. Consultado el 18 de agosto de 2012. Disponible en <http://laboratorio-historia-galeria.blogspot.com/2009/10/representacion-reforma-procesal-penal.html>

GRUPO EVOS. Ley y Justicia Asesoría Virtual. Consultada el 12 de junio de 2012. Disponible en [www.grupoevos.com/blog](http://www.grupoevos.com/blog)

NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL PERUANO. Decreto Legislativo N° 957, Art. 385. Consultado el 2 de septiembre de 2012. Disponible en [https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-peru\\_0.pdf](https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-peru_0.pdf)

SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO INQUISITIVO Y MIXTO. Consultada el 18 de agosto de 2012. Disponible en [www.tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/20456/capítulo1](http://www.tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/20456/capítulo1)

VELLOSO RODOLFO, Alvarado. Academia virtual Iberoamericana de Derechos y altos estudios judiciales. Teoría general del proceso. En: El Juez y la Prueba. Consultado el 6 de septiembre de 2012. Disponible en [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juez\\_prueba.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juez_prueba.htm)

<http://www.monografias.com/trabajos15/estadistica/estadistica.shtml>



# **ANEXOS**

**Anexo A:**  
**ENCUESTA**

Objetivo: la presente encuesta tiene por objetivo determinar si los usuarios e intervinientes de la administración de justicia les parece que en el sistema penal que nos rige es conveniente que exista el decreto oficioso de pruebas.

- 1.- Esta encuesta consta de (10) diez preguntas.
- 2.- Lea atentamente cada una de ellas y elija la alternativa que mas lo identifique.
- 3.- Marque la alternativa seleccionada con un círculo.
- 4.- Si se equivoca o desea corregir su respuesta marque con una cruz la alternativa que desea eliminar y encierre la nueva opción.
- 5.- No es necesario incluir su nombre en esta encuesta, solo complete los datos de género y ocupación actual.

Genero\_\_\_\_\_

Actual\_\_\_\_\_

Ocupación

**Anexo B:**  
**CUESTIONARIO:**

1.- El artículo 361 del C.P.P., prohíbe al Juez el decreto oficioso de pruebas, está usted de acuerdo?

Si\_\_\_\_\_

NO\_\_\_\_\_

2.- La Corte de Justicia sala de casación Penal, ha propuesto que se acepte el decreto oficioso de pruebas pero solo por razones constitucionales, está usted de acuerdo? Si\_\_\_\_\_

NO\_\_\_\_\_

3.- Considera usted que el decreto oficioso de pruebas es violatorio del principio de imparcialidad?

Si\_\_\_\_\_

NO\_\_\_\_\_

4.- Considera usted que el decreto oficioso de pruebas viola el principio de igualdad de armas que rige un verdadero sistema acusatorio?

Si\_\_\_\_\_

NO\_\_\_\_\_

5.- Las solicitudes probatorias que hagan las partes al Juez deben ser suficientes para llegar a la verdad material?

SI\_\_\_\_\_

NO\_\_\_\_\_

6.- Considera usted que el decreto oficioso de pruebas siempre va en detrimento del interés del acusado?

SI\_\_\_\_\_

NO\_\_\_\_\_

7.- Considera usted que el decreto oficioso de pruebas es violatorio del In dubio pro reo teniendo en cuenta que la duda lo favorece?

SI\_\_\_\_\_

NO\_\_\_\_\_

8.- Ante la inexistencia del decreto oficioso de pruebas considera usted que se vulnera algún derecho fundamental?

SI\_\_\_\_\_

NO\_\_\_\_\_

9.- Los defensores del decreto oficioso de pruebas, consideran que es importante que el Juez decrete de oficio pruebas con el fin de encontrar la verdad material, de igual forma que le proporcionan el pleno convencimiento para proferir una sentencia con justicia material, cual es su opinión?

---

---

---

---

10.- El sistema acusatorio puro no admite el decreto oficioso de pruebas, por considerar que el rol del Juez debe ser ajeno a los intereses probatorios de las partes, debe conservar su objetividad, por ello cada interviniente debe hacer sus solicitudes probatorias que le permitan probar su teoría del caso, cuál es su opinión?

---

---

---

---